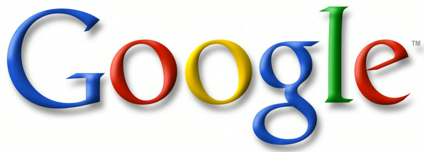


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/




Digitized by Google




HARVARD LAW LIBRARY

Received APR 1 2 1928

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

France

Digitized by Google

Digitized by Google

LE

# DROIT ROMAIN

I

Digitized by Google

## OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

ET CHEZ LES MÊMES ÉDITEURS

---

**Les Assurances sur la vie, au point de vue théorique et pratique.** (*Ouvrage couronné par la Faculté de droit d'Aix, concours de doctorat premier prix, médaille d'or*). 1892. 1 vol. in-8° .......... **3** »

**Des classes ouvrières à Rome.** (*Ouvrage couronné par la Faculté de Droit, l'Académie de Législation, et l'Institut*). 1892, une brochure in-8° .......... **3** »

**La Protection industrielle et le Nouveau Régime douanier.** (*Ouvrage récompensé par la Faculté de Droit et par l'Institut*). 1 vol. in-8° .......... **5** »

**La Récidive et la détention préventive, théorie et commentaire du Code pénal et des Lois nouvelles.** (*Mémoire couronné par la Faculté de droit et l'Académie de législation*), avec une introduction de M. ARTHUR DESJARDINS, membre de l'Institut, avocat général à la Cour de cassation. (*Ouvrage recommandé et honoré d'une souscription par le ministère de la justice de Grèce*). 1896, un vol. in-8° .......... **5** »

**De la loi du 26 mars 1891 relative à l'atténuation et à l'aggravation des peines.** (Extrait de la revue critique de législation et de jurisprudence). 1894, une brochure in 8° ... **2** »

Digitized by Google

LE

# DROIT ROMAIN

EXPOSÉ

## DE SES PRINCIPES FONDAMENTAUX

ET

## DE SES RAPPORTS AVEC LE DROIT FRANÇAIS

**Conforme au nouveau programme de licence et de doctorat**

PAR

**A. TYPALDO-BASSIA**

Docteur en droit
Professeur agrégé à la Faculté de Droit d'Athènes
Lauréat de la Faculté de Droit d'Aix,
de l'Académie de Législation et de l'Institut de Toulouse.

TOME PREMIER

PARIS
A. CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT, 20

1898

Digitized by Google

4-12-28

APR 12 1928

Digitized by Google

# PRÉFACE

En écrivant cet ouvrage, nous nous sommes inspiré de l'esprit des récentes circulaires ministérielles qui sont venues apporter dans les études juridiques des réformes depuis longtemps attendues. La création du doctorat ès-sciences politiques,d'une part,et la suppression de la thèse de droit romain, d'autre part, sont deux faits qui doivent ramener désormais, pour la plupart des étudiants,les études de droit romain à une analyse générale et raisonnée de ses grands principes fondamentaux. A peine sorti nous-même des bancs de l'école de droit, nous savons par l'expérience combien les esprits encore novices aux études juridiques sont rebutés,dès le début, par la longueur des ouvrages de droit romain. Du reste, un exposé clair et précis des rudiments bien compris de la doctrine n'est-il pas préférable à ces fastidieux commentaires où l'affluence des détails fait parfois perdre de vue les principes ? Imbu de ces idées, nous nous sommes attaché à condenser dans un ordre méthodique l'ensemble de la législation romaine, sans longueurs, mais non plus sans omission des principes et de leurs exceptions. Puisse ce petit guide juridique, que nous mettons avec confiance entre les mains de l'étudiant, lui rendre plus facile cette noble étude du droit romain et lui être utile pour l'intelligence du droit moderne ! On nous saura gré d'avoir consacré tous nos efforts pour atteindre ce double but.

A. TYPALDO-BASSIA.



Digitized by Google

Digitized by Google

# LE DROIT ROMAIN

## EXPOSÉ DE SES PRINCIPES FONDAMENTAUX

ET DE

## SES RAPPORTS AVEC LE DROIT FRANÇAIS

---

### NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Le droit romain est l'ensemble des lois en vigueur à Rome depuis ses origines jusqu'à la chute de l'empire d'Occident.

Le droit romain se divise en droit *public* et droit *privé*. Le droit public concerne le culte et les magistratures ; le droit privé les rapports des particuliers entre eux.

Le droit privé se subdivise :

1° En droit *naturel*, droit *des gens* et droit *civil*.

Le droit naturel comprend les règles imposées par la morale, mais dépourvues d'une sanction positive.

Le droit des gens est l'ensemble des règles que les Romains appliquent indistinctement entre les citoyens et ceux qui ne le sont pas.

Le droit civil, au contraire, est l'ensemble des règles appliquées exclusivement entre les citoyens.

Sont du droit des gens presque toutes les institutions ayant un caractère, en quelque sorte, cosmopolite ; sont du droit civil toutes les institutions ayant un caractère national.

2° En droit *écrit* et droit *non écrit*.

Le droit écrit est celui qui a été formulé et promulgué par une autorité qui en a reçu le pouvoir.

Digitized by Google

Les sources du droit écrit sont au nombre de six : 1° la *loi* : c'est la décision rendue, sur la proposition du roi ou d'un magistrat sénatorial, par tous les citoyens, patriciens on plébéiens, réunis dans les comices par curies ou dans les comices par centuries ; d'où deux espèces de lois : *leges curiatæ* et *leges centuriatæ* ;— 2° le *plébiscite* : c'est la décision prise, sur la proposition d'un tribun, dans les comices par tribus, soit, à l'origine, par les plébéiens seuls, soit, depuis la loi Hortensia, par le peuple tout entier ; — 3° le *sénatus-consulte* : c'est la décision émanée du Sénat ; — 4° les *constitutions impériales* : elles comprennent les *edicta* ou dispositions générales pour l'avenir, les *decreta* ou décisions rendues par le prince en dernier ressort, les *rescripta* ou réponses adressées aux magistrats ou aux particuliers, et les *mandata* ou instructions envoyées aux divers fonctionnaires ; — 5° l'*édit des magistrats* : c'était la déclaration écrite que faisaient les préteurs, en entrant en fonction, sur la manière dont ils entendaient appliquer la loi. Ces édits progressivement améliorés finirent par former un ensemble de traditions juridiques, qui devint le droit prétorien ; — 6° les *réponses des prudents* : c'étaient les opinions des jurisconsultes qui jouissaient du privilège de donner des consultations au nom de l'Empereur. Adrien en fit une source du droit en décidant que ces réponses auraient force de loi, toutes les fois qu'elles ne contrediraient pas des textes antérieurs. Mais Théodose le Jeune, par sa *loi des citations*, ramène les jurisconsultes à leur rôle de commentateurs.

Le droit non écrit ou coutumier est celui qu'aucune autorité n'a promulgué et qui s'est formé progressivement par l'usage. Des institutions très importantes lui appartiennent à Rome, notamment la théorie du *testament inofficieux*.

Ces préliminaires posés, nous diviserons notre étude en trois parties : dans la première, nous traiterons des droits de famille et de nationalité : c'est la théorie des *personnes* ; — dans la deuxième, des droits du patrimoine : c'est la théorie des *biens* ; — enfin, dans la troisième, des *actions* : c'est la sanction judiciaire des droits concernant les personnes et les biens.

Digitized by Google

# PREMIÈRE PARTIE

## DES PERSONNES

On désigne par *personne* tout être physique ou moral capable d'avoir des droits et des obligations.

En droit romain, trois éléments composent l'état des personnes : la *liberté*, la *cité* et la *famille*. Le premier est l'élément essentiel de la personnalité et le fondement des deux autres.

---

Digitized by Google

## CHAPITRE PREMIER

### L'ESCLAVAGE ET LA LIBERTÉ

La *liberté* est l'état de l'individu sur lequel n'existe aucun droit de propriété. L'*esclavage* est l'état de l'individu soumis à un droit de puissance et de propriété.

### Section I. — Esclavage.

Les origines de cette coutume ne sont pas bien connues, même de nos jours. A notre avis, la conjecture la plus vraisemblable est celle qui voit l'origine de l'esclavage dans l'adoucissement apporté au droit exorbitant que les sociétés primitives reconnaissaient au vainqueur de tuer les captifs et de s'attribuer le monopole de leurs services. Ainsi cet usage réalisa, au début, un progrès des mœurs.

*Constitution de l'esclavage.* — On devient esclave suivant le droit *des gens* ou suivant le droit *civil*.

**Droit des gens.** — Les causes du droit des gens constitutives de l'esclavage sont la *captivité* et la *naissance*. L'une et l'autre appartiennent au droit des gens, par ces motifs que la captivité asservit un Romain pris par l'étranger tout comme un étranger pris par les Romains et que l'enfant d'une femme esclave est esclave en quelque lieu qu'il naisse.

*Captivité.* — Rome distinguait deux sortes d'étrangers : les *Barbares*, envers lesquels elle se montrait sans égard, et les *Pérégrins*, qu'à raison d'affinités de races ou de souvenirs d'alliance elle traitait plus favorablement. Par suite de cette distinction, les Barbares faits prisonniers par les Romains ou les Romains faits prisonniers par les Barbares, soit en temps de guerre, soit en temps de paix, devenaient légalement escla-

Digitized by Google

ves ; au contraire, les Pérégrins faits prisonniers par les Romains ou les Romains faits prisonniers par les Pérégrins ne tombaient en servitude que si leur captivité était survenue au cours d'une guerre régulièrement déclarée. D'où il suit que le captif d'une guerre civile ne pouvait juridiquement devenir esclave.

*Naissance.* — L'état d'un individu se détermine suivant deux règles générales : 1° l'enfant conçu d'une union légitime suit la condition de son père ; conçu en dehors des justes noces, il suit la condition de sa mère ; 2° la loi considère la condition du père au jour de la conception, celle de la mère au moment de la naissance de l'enfant : la raison de cette différence, c'est que l'œuvre du père finit à la conception, tandis que celle de la mère va jusqu'à l'accouchement, l'enfant faisant partie d'elle-même jusqu'à cette époque. Tel est le droit commun. Mais, en matière d'esclavage, les jurisconsultes avaient fini par admettre une dérogation à ces principes en faveur de la liberté : ils avaient décidé que naîtrait libre l'enfant d'une femme qui aurait joui de la liberté à un moment quelconque de la grossesse. Justinien consacra définitivement cette décision.

**Droit civil.** — D'après la loi des *Douze Tables*, devenaient esclaves : 1° le citoyen qui ne s'était pas fait inscrire sur les registres du cens ; 2° celui qui se dérobait au service militaire ; — 3° le débiteur condamné qui n'avait point exécuté la sentence après le délai de quatre-vingt-dix jours ; 4° le voleur pris en flagrant délit. Ces causes civiles d'esclavage ont disparu entièrement à l'époque classique.

Depuis cette époque, on en compte quatre :

1° Les condamnations capitales aux mines et aux bêtes. Cette catégorie d'esclaves s'appelaient spécialement *servi pœnæ*. Ce mode fut supprimé par Justinien.

2° D'après le sénatus-consulte *Claudien*, la persistance d'une femme libre, consciente de sa condition, dans des relations illicites avec l'esclave d'autrui, malgré trois sommations du maître, la faisait passer avec tout son patrimoine sous la puissance de ce dernier. Ce cas fut abrogé par Justinien.

Digitized by Google

3° L'ingratitude reconnue judiciairement de l'affranchi envers son patron, mais seulement depuis Commode. Honorius et Théodose étendirent, à tort, cette règle aux rapports du patron avec les enfants de l'affranchi ou de l'affranchi avec les enfants du patron.

4° La vente frauduleuse d'un faux esclave par un faux maître faisait tomber le vendu sous la puissance de l'acheteur. On avait voulu, en apportant cette exception au principe que la liberté est inaliénable, prévenir une escroquerie qui était assez fréquente dans la pratique et qui avait pour but le partage du prix entre les deux compères, le vendeur et le vendu. Ce dernier cas d'esclavage fut supprimé par Léon le Philosophe.

*Condition juridique des esclaves.* — Dans ses rapports avec le maître, l'esclave est considéré comme sa propriété. De là le droit de vie et de mort, à l'origine. Sous l'influence de l'adoucissement des mœurs, le maître se voit peu à peu priver de son pouvoir trop absolu ; il ne lui reste plus qu'un droit de sévère correction. Antonin le Pieux punit rigoureusement le maître qui tue son esclave sans cause, et décide que le maître qui maltraite sans cause son esclave sera mis dans l'obligation de le vendre sans pouvoir attacher au contrat de clause défavorable à l'esclave. L'esclave étant la chose du maître, celui-ci a toujours eu la faculté de l'aliéner, de le revendiquer et de le grever de droits réels. L'esclave n'ayant pas de patrimoine, tout ce qu'il acquiert entre dans le domaine du maître. Aussi a-t-on pu dire qu'il était pour le maître un instrument d'acquisition. Celui-ci peut lui confier l'administration ou lui laisser la jouissance d'un pécule.

Dans ses rapports avec les tiers, l'esclave doit être considéré comme ayant une certaine capacité personnelle de fait plutôt que de droit. Ainsi il figure comme partie dans les actes juridiques. En outre, la loi romaine reconnaît, sous le nom de *contubernium*, l'union des sexes entre esclaves, et de cette union naît une véritable parenté, qui entraîne certains effets civils. Enfin, l'esclave s'engage civilement par ses délits et naturellement par ses contrats : il est vrai que ces engagements ne produisent leurs effets qu'après l'affranchissement ; mais, comme

Digitized by Google

on le verra plus loin, le droit prétorien et le droit civil ont rendu, parfois, responsable, dans une certaine mesure, des contrats et délits de l'esclave le maître avant l'affranchissement même.

Nous devons mettre en dehors des règles générales sur la condition juridique des esclaves : 1° les esclaves *publics*, voués au service des temples ou des magistrats : ils pouvaient avoir des biens propres et disposer par testament de la moitié ; 2° les esclaves *sans maître* : ne pouvant acquérir pour personne, ils étaient placés au dernier rang de la classe servile.

### Section II. — Hommes libres.

Les personnes qui jouissent de la liberté se divisent en quatre classes : 1° *les ingénus ;* 2° les *affranchis ;* 3° les *citoyens ;* 4° les *pérégrins*.

#### I. — *Ingénus et affranchis.*

Est *ingénu* celui qui, né libre, n'a jamais cessé de l'être ; est *affranchi* celui qui est sorti de l'esclavage par un mode légal.

A cette première règle que l'ingénu n'a jamais été esclave le *jus postliminii* formait une exception : on entendait par là une fiction d'après laquelle le captif échappé à l'ennemi et rentré sur le sol romain était considéré comme n'ayant jamais passé par l'esclavage et recouvrait rétroactivement tous ses droits.

A la seconde règle que l'affranchi a été esclave, le sénatus-consulte Claudien avait apporté une dérogation, en décidant que la femme ingénue qui avait des relations avec l'esclave d'autrui, du consentement du maître, serait réputée affranchie.

Les enfants de l'affranchi sont ingénus, puisqu'ils naissent libres.

**Conditions de l'affranchissement.** — *Conditions de fond.* — En règle générale, l'affranchissement est l'œuvre libre du maître. Ce n'est que dans des cas très rares que l'esclave devient libre par la volonté de la loi ou du magistrat : ainsi un édit de Claude déclare libre tout esclave malade délaissé par son



Digitized by Google

maître ; de même, le préteur confère la liberté, à titre de récompense, à l'esclave qui a dénoncé le meurtre de son maître.

Pour affranchir valablement, le maître doit être propriétaire quiritaire de l'esclave et avoir la capacité d'aliéner les *res mancipi*, puisque l'esclave en est une.

Dans le cas où le maître qui affranchit l'esclave en était seulement copropriétaire par indivis, on avait décidé, jusqu'à Justinien, que, l'esclave ne pouvant acquérir la liberté pour partie, l'auteur de l'affranchissement perdrait sa part de propriété, qui, par une sorte de *jus accrescendi*, profiterait aux autres. Les Institutes déclarent que l'esclave deviendra libre et que les copropriétaires lésés recevront une indemnité du maître *manumissor*.

*Conditions de forme.* — L'affranchissement étant, en quelque sorte, l'entrée d'un nouveau membre dans la cité, la loi romaine a exigé pour sa validité certains modes extérieurs. Trois périodes sont à distinguer : l'*ancien droit*, le *droit classique*, le *droit de Justinien*.

Dans l'ancien droit, on ne trouve que trois formes d'affranchissement : le *cens*, la *vindicte* et le *testament*.

L'affranchissement par le cens n'était autre chose que l'inscription de l'esclave, en qualité de citoyen, sur les registre du cens. Ce mode n'était possible qu'aux époques de recensement c'est-à-dire tous les cinq ans.

L'affranchissement par la vindicte consistait dans un procès fictif en revendication de liberté : l'esclave ne pouvant ester en justice était représenté par *l'assertor libertatis*, qui le réclamait comme libre, en le touchant de la vindicte ou lance de bois, symbole de la propriété quiritaire. Le maître acquiesçant, le préteur déclarait l'esclave libre, *addicebat libertatem*. Comme la décision portait sur un litige imaginaire, elle appartenait à la juridition gracieuse du préteur, qui pouvait, dès lors, y procéder tous les jours de l'année, sans être assisté des licteurs, en dehors du prétoire, sur le chemin du bain ou du théâtre.

L'affranchissement par testament consiste dans un legs de liberté, *libertas directa*, fait à un esclave par un maître ayant

Digitized by Google

la proprieté quiritaire de cet esclave au jour du testament et au jour du décès. L'esclave devient libre de plein droit par le seul effet de l'adition d'hérédité. Le fidéicommis de liberté, *libertas fideicommissaria*, qui peut s'adresser même à l'esclave d'autrui ou de l'héritier, ne confère à l'esclave qu'un droit à la liberté, et cette liberté lui sera donnée par l'héritier *censu* ou *vindictâ*.

L'affranchissement du droit ancien, quelque soit celui de ces trois modes employé, confère en même temps la liberté et la cité.

Toute condition résolutoire ou terme résolutoire doivent être exclus des modes d'affranchissement, la liberté une fois donnée étant irrévocable. Quant à la condition suspensive et au terme suspensif, le cens et la vindicte, qui sont des modes exigeant une affirmation actuelle, les repoussent, tandis que l'affranchissement testamentaire les comporte.

En ce qui concerne le pécule, l'esclave affranchi entre-vifs en bénéficie, à moins d'une volonté contraire et formelle du maître, qui est considéré comme l'en ayant gratifié pour subvenir aux premières nécessités de la vie nouvelle ; l'esclave affranchi par testament, au contraire, ne garde le pécule qu'en présence d'une disposition expresse du maître.

Si le maître employait, pour manifester son intention d'affranchir, d'autres procédés que l'un des trois modes solennels, par exemple, en déclarant sa volonté, soit devant témoins, soit par lettre, ou en admettant l'esclave à sa table, le préteur, sans modifier la condition juridique de celui-ci, lui accordait sa vie durant la jouissance effective de la liberté.

Sous le Droit classique, un plébiscite, la loi *Junia Norbana*, vint consacrer cette jurisprudence prétorienne, en décidant que l'emploi d'un mode autre que les modes solennels, nécessaires pour donner la cité, ferait acquérir la liberté. Les affranchis non citoyens étaient assimilés en droit aux membres des colonies latines et furent appelés *latins juniens*.

Justinien élargit et simplifie les formes d'affranchissement. Le cens et la vindicte n'existent plus. La liberté peut désormais être donnée soit dans les églises, en présence de l'évêque

Digitized by Google

et des fidèles, soit dans un écrit signé de cinq témoins, soit par une déclaration au magistrat ou devant cinq témoins, soit par l'attribution du nom de fils dans un acte public ou par adoption, soit enfin par legs ou fidéicommis.

**Restrictions au droit d'affranchir.** — Par suite de la faculté illimitée laissée aux maîtres d'affranchir leurs esclaves, Rome, vers la fin de la République, se vit débordée de citoyens toujours prêts aux émeutes. Dans un intérêt social, des restrictions furent apportées au droit d'affranchir par la loi *Œlia Sentia* et la loi *Furia Caninia*, deux plébiscites du règne d'Auguste.

*Loi Œlia Sentia.* — Cette loi contient quatre rectrictions :

1° L'esclave affranchi avant l'âge de trente ans n'obtenait point la cité : il devenait latin junien.

2° La loi écarte du droit de cité et de latinité les esclaves affranchis qui ont subi, durant l'esclavage, quelque peine infamante, telle que le fer rouge. On les appelle *déditices*, par assimilation aux vaincus qui, aux origines de Rome, s'étaient rendus à discrétion et pour lesquels les Romains n'éprouvaient que du mépris.

3° Dans le but de garantir la cité d'affranchissements irréfléchis, la loi déclarait nulle toute manumission émanant d'un maître mineur de vingt ans. On n'exceptait de cette règle que les libérations inspirées par un motif d'intérêt ou d'affection : un conseil spécial, composé de sénateurs et de chevaliers, était appelé à se prononcer irrévocablement sur la légitimité des raisons invoquées. Justinien ne s'écarta de cette législation qu'en autorisant l'affranchissement par testament d'abord à dix-sept ans, ensuite à quatorze ans.

4° Est nul tout affranchissement fait par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers. C'est une dérogation au principe que la liberté est irrévocable. Deux conditions sont exigées pour la nullité : 1° un préjudice, résultant de ce que la manumission a entraîné ou aggravé l'insolvabilité du débiteur ; 2° l'intention frauduleuse de celui-ci. Ne sont recevables à invoquer la nullité que les créanciers antérieurs à la manumission ou ceux qui ont désintéressé les créanciers an-

Digitized by Google

térieurs. En thèse générale, le délai pour intenter l'action est perpétuel.

Il existait un cas où les quatre restrictions précitées étaient écartées et où, par suite, l'esclave, mineur de trente ans, marqué de flétrissures, affranchi par un maître mineur de vingt ans, au préjudice des créanciers, acquérait et la liberté et la cité : c'est lorsqu'il était en même temps affranchi et institué héritier dans un testament par un maître insolvable.

Le motif de cette exception réside dans une idée d'ordre national : les mœurs romaines n'admettaient pas qu'on pût mourir intestat. Or, l'esclave, dans l'espèce, ne pouvait devenir héritier qu'autant qu'il devenait libre et citoyen.

*Loi Furia Caninia.* — Beaucoup de testateurs, désirant, par une fantaisie d'outre-tombe, faire suivre leur convoi du plus grand nombre d'affranchis possible, se plaisaient à affranchir en bloc leurs esclaves : c'est pour mettre une entrave à la multiplicité de ces libérations posthumes que fut rendu ce plébiscite ; mais c'est seulement au droit d'affranchir par testament qu'il apportait des limites. Il exigea que l'affranchissement fût individuel, c'est-à-dire que le gratifié fût nominativement désigné, et fixa pour le nombre des affranchissements un maximum variant suivant la quantité d'esclaves possédés. Justinien abrogea la loi Furia.

**Condition des affranchis.** — *Condition sociale et juridique.* — Dans l'ancien droit et le droit de Justinien, il n'y a qu'une classe d'affranchis : ceux qui ont la liberté et la cité. Les affranchis citoyens sont exclus des fonctions publiques, mais jouissent du droit de vote. En thèse générale, ils possèdent le *connubium* ou droit de contracter les justes noces avec toutes leurs conséquences civiles, et le *commercium* ou droit de participer à tous les modes civils d'acquérir ou de contracter. Ils étaient punis par certaines lois de peines plus sévères que les ingénus et pouvaient être mis à la torture comme témoins.

L'Empire créa deux moyens pour élever l'affranchi au niveau social de l'ingénu : le *jus aureorum annulorum* et la *natalium restitutio* ; le premier laissait subsister les droits de pa-

Digitized by Google

tronat, le second les effaçait. Postérieurement aux Institutes, Justinien décida que le *jus aureorum annulorum* serait attaché à tout affranchissement et que la seule renonciation du patron à ses droits produirait la *natalium restitutio.*

Au temps classique, outre les affranchis citoyens, on compte deux autres classes d'affranchis : les latins juniens et les déditices.

Les latins juniens sont privés de tout droit politique et du *connubium*. Ils jouissent du *commercium* sous deux réserves : d'abord, pour recueillir valablement une hérédité ou un legs, ils doivent obtenir la cité dans les cent jours du décès du testateur ; ensuite, ils ne peuvent pas tester, d'où l'adage qu'ils « *vivaient libres et mouraient esclaves* ». Ils pouvaient devenir citoyens soit par une nouvelle manumission faite dans les formes solennelles, soit par rescrit du prince.

Les déditices ne sont admis, comme les pérégrins, qu'aux actes du droit des gens. Défense leur est faite spécialement de paraitre dans un rayon de cent milles autour de Rome, sous peine de retomber en servitude. Leurs enfants ont la même condition que les pérégrins.

*Rapports de l'affranchi avec le patron.* — Les droits de patronat succèdent aux droits de propriété. Ils comprennent trois termes : *obsequium, operæ, jus tutelæ et successionis.* L'obligation de déférence entraine, pour l'affranchi, notamment, l'irrecevabilté, sans autorisation du magistrat, d'une action en justice contre son patron. La deuxième créance vise les services de domesticité ou relatifs à la profession de l'affranchi. Enfin, le patron ou ses enfants recueillent la tutelle et la succession de l'affranchi citoyen.

Quant aux biens du latin junien, ils reviennent au patron ou à ses enfants, à titre de pécule, comme s'ils en avaient eu la propriété antérieurement. Le patrimoine du déditice passe sur la tête du patron ou de ses héritiers, à titre de succession ou de propriété, suivant que le mode d'affranchissement devait conférer la cité ou la latinité.

Les droits de patronat, sauf l'*obsequium*, s'éteignent par la *capitis deminutio* du patron ou de l'affranchi : on entend par là

Digitized by Google

l'extinction ou la transformation de la personnalité juridique. Spécialement, l'affranchi père d'un enfant de cinq ans ou de deux plus jeunes est libéré de la dette de services.

## *II. — Des colons.*

Le colon tient à la fois de l'homme libre et de l'esclave. Cette classe ne s'est pas formée législativement ni en un jour. Sa constitution est due à l'action des mœurs et aux besoins sociaux. On lui attribue une double origine : d'abord, la répartition, à titre de colons, des Barbares faits prisonniers entre les divers propriétaires fonciers de l'Empire, dans le but de subjuger les pays vaincus ; ensuite, la conversion en colons d'une multitude d'esclaves que les maîtres voulaient, par là, intéresser à l'exploitation de la terre.

Il est à présumer, d'après la variété des noms donnés aux colons, que leur situation juridique n'était pas uniforme. Toutefois, on peut établir quelques règles générales sur cette institution. Dans ses rapports avec le propriétaire du sol, le colon est considéré comme esclave et attaché à perpétuelle demeure à la terre qu'il cultive moyennant une redevance annuelle. Dans ses relations avec les tiers, il est libre et ingénu et jouit du *connubium* et du *commercium*.

On devient colon : 1° par la naissance ; 2° par l'autorité de la loi : notons, à cet égard, que, d'après une constitution de Valentinien et Théodose, tous les mendiants libres et valides, ainsi que leurs enfants, furent réduits à l'état de colon ; 3° par l'acceptation de cette condition ; 4° par la prescription trentenaire au profit du maître du sol. On sort du colonat : 1° par l'affranchissement ; 2° par l'élévation à l'épiscopat ; 3° par la prescription trentenaire libératoire.

Digitized by Google

## CHAPITRE II

### DU DROIT DE CITÉ

La cité romaine s'acquiert : 1° par la naissance, suivant des principes déjà exposés ; 2° soit, pour l'esclave, par un affranchissement régulier, soit, pour les hommes libres, par une concession des droits civiques, totale ou partielle, individuelle ou collective, faite, sous la République, par le peuple ou le Sénat, et, sous l'Empire, par le Sénat ou le prince.

La cité se perd : 1° par l'acquisition d'une autre nationalité ; 2° par l'esclavage encouru *jure civili* ; 3° par la déportation dans une île.

N'ont pas le droit de cité : 1° les latins juniens ; 2° les *latini veteres*, peuples vaincus de l'ancien Latium ; mais ils obtinrent peu à peu la cité ; 3° les membres des colonies latines, composés d'émigrés volontaires ; l'accès de la cité leur était facile ; 4° les pérégrins, qui comprennent les étrangers indépendants de Rome ou dépendants de sa domination et formant les provinces ; ils pouvaient obtenir le droit de cité.

Les concessions du droit de cité suivent une marche progressive sous l'Empire. Cette extension est due plutôt à un intérêt fiscal qu'à un mobile généreux. On n'explique pas autrement la fameuse constitution de Caracalla, qui confère la cité à tous les habitants de l'Empire. Comme les citoyens étaient assujetis à une taxe d'un vingtième de la valeur sur les successions et legs qu'ils recueillaient et sur les affranchissements qu'ils opéraient, ce prince imagina, pour grossir les revenus du Trésor, de convertir tous ses sujets en contribuables. Notons que les latins juniens et les déditices ne bénéficièrent point de la nouvelle mesure. Sous Justinien, ces deux classes d'affranchis n'existant plus, tous les sujets de l'Empire sont citoyens.

Digitized by Google

## CHAPITRE III

### DU DROIT DE FAMILLE

Le mot *paterfamilias*, à Rome, n'implique aucune idée de paternité ; il désigne seulement le chef d'un patrimoine et d'un groupe de personnes.

Le *paterfamilias* est dit *sui juris*, c'est à-dire qu'il n'est placé sous aucune puissance domestique.

On appelle, par contre, *alieni juris* les individus placés sous la puissance d'autrui : tels sont l'esclave, le fils de famille, la femme *in manu*, les hommes libres *in mancipio*. La puissance dominicale nous est connue ; nous allons successivement étudier les trois autres.

#### Section I. — Puissance paternelle.

*Traits principaux de la puissance paternelle.* — La *patria postestas* peut se définir : La puissance conférée par le droit civil aux Romains mâles, citoyens et *sui juris* sur leurs descendants par mâles à tous les degrés issus ou réputés issus de justes noces.

Cinq traits généraux caractérisent cette institution, qui diffère sensiblement de la puissance paternelle moderne :

1° La *patria potestas*, étant du *jus civile*, ne peut être exercée que par un Romain sur un Romain ;

2° A la différence du droit français, qui, tout en confiant de préférence au père la puissance paternelle, n'hésite pas à en investir la mère, à défaut du père, le droit romain réserve exclusivement au père la *patria potestas*. Il s'ensuit qu'aucun lien civil ne rattache les enfants à la famille maternelle et que les enfants naturels naissent *sui juris* ;

Digitized by Google

3° Pour avoir la *patria potestas*, le père doit être *sui juris* ;

4° Tandis qu'en droit français, la puissance paternelle, qui est un pouvoir de protection, ne dure que jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant, à Rome, la *patria potestas* ne cesse à aucun âge, puisqu'elle s'étend sur les descendants par mâles à tous les degrés ;

5° Le *paterfamilias* peut renoncer à son gré à la *patria potestas*, soit en émancipant, soit en donnant en adoption ses enfants même en bas âge. Le droit moderne, au contraire, ne permet pas au père d'abdiquer son pouvoir avant que l'enfant ne soit en âge de veiller lui-même à ses intérêts.

On le voit, la *patria potestas* n'a point été créée dans l'intérêt de l'enfant, mais dans un intérêt social et politique. Le fonctionnement de cette souveraineté domestique sur les enfants, le culte et le patrimoine, en même temps qu'il liait plus étroitement la famille à l'Etat, maintenait dans leur intégrité les traditions nationales, les croyances religieuses et les biens patrimoniaux.

La *patria potestas* est la source de la parenté civile ou *agnation*, qui peut se définir : Le lien civil rattachant au chef de famille ou entre elles les personnes qui se trouvent actuellement sous sa puissance ou qui s'y trouveraient encore sans un évènement qui les en a libérées.

La parenté du sang s'appelle *cognation*. La loi romaine réserve à l'agnation tous les droits que nos sociétés modernes attribuent à la cognation.

*Effets juridiques de la patria potestas*. — Les effets de la puissance paternelle se restreignent dans le domaine des droits privés ; comme citoyen, le fils est indépendant du chef de famille. Mais, serait-il magistrat, il n'en est pas moins soumis à l'autorité domestique dans l'intérieur du foyer.

Dans la personnalité du *paterfamilias* se confond la personnalité de tous les individus en puissance. Tous les droits de la famille se concentrent sur une seule tête.

De ce principe découlent trois conséquences :

1° Le père seul domine et veut. De là le pouvoir absolu s'étendant jusqu'au droit de vie et de mort, dont il est investi, à

Digitized by Google

l'origine, sur ses enfants, la faculté de les délaisser, et le droit de les manciper, soit par une vente symbolique, pour les émanciper ou les donner en adoption, soit par une vente réelle, dans un but de lucre. La vente fictive n'existe plus sous Justinien; quant à la vente réelle, ce prince ne la permet qu'à l'égard du nouveau-né, *sanguinolentus*, et dans le cas d'indigence extrême ;

2° Le père est seul le pontife du culte domestique. La disparition insensible des croyances primitives devait emporter avec elle cette prérogative ;

3° Le père est seul maître du patrimoine. Le fils n'a pas de biens propres et tout ce qu'il acquiert revient au père. Mais, par suite de cette idée que dans la personne du père se confond celle du fils et par suite aussi de l'ancien principe de la copropriété familiale, le fils est considéré comme copropriétaire du patrimoine et deviendra, à la mort du père, *heres suus et necessarius*. Cette confusion légale de personnes met obstacle à toute opération juridique et à toute action entre le père et le fils. Les obligations du fils à l'égard des tiers ne sont efficaces qu'après l'extinction de la puissance paternelle.

L'institution des pécules, sous Auguste, vint ébranler ces principes rigoureux, et, sous Justinien, le fils profite lui-même, en thèse générale, de ses propres acquisitions.

Il nous reste à étudier successivement les diverses sources de la *patria potestas*, qui sont : le mariage, la légitimation et l'adoption.

## Section II. — Des unions légales.

### I. — *Des justes noces.*

Les justes noces, ou mariage proprement dit, peuvent se définir : Une union légale de l'homme et de la femme, en vue d'une association indivisible d'existence et de la procréation.

**Conditions requises pour contracter les justes noces.** — Trois conditions sont exigées : la puberté, le consentement et le *connubium*.

*Puberté.* — La puberté, c'est l'âge où l'homme acquiert la

Digitized by Google

capacité physique d'engendrer, la femme celle de concevoir. Elle était fixée à quatorze ans pour les garçons et à douze ans pour les filles.

*Consentement*. — Il ne s'agit point ici du consentement réciproque des futurs époux, qui est un des éléments essentiels du mariage ; il n'est question que du consentement que celui qui se marie doit obtenir d'un tiers.

Tandis que, dans le droit moderne, la consultation des parents repose sur l'intérêt même de l'enfant, à Rome, le droit de consentir ou de mettre obstacle à son mariage ne se fonde que sur l'intérêt du *paterfamilias*. Aussi ce droit cesse-t-il dès que cesse la *patria potestas* : c'est ainsi que l'enfant *sui juris* pubère peut se marier librement, tandis que le fils en puissance,quel que soit son âge, ne contracte les justes noces qu'avec le consentement du *paterfamilias*.

A la différence du droit français, qui exige que la mère soit consultée, comme le père, et qui décide que si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit, en même temps qu'il admet,en cas de décès du père et de la mère ou d'impossibilité pour eux de consentir, les aïeuls et aïeules à les remplacer, la législation romaine, au contraire,ne se préoccupe pas du consentement des ascendants maternels.

Il n'y a qu'une seule exception à la règle que le consentement du *pater familias* seul est exigé : elle se présente dans le cas de mariage du petit-fils, si le fils est également en puissance. Celui-ci doit consentir en même temps que l'aïeul, chef de famille. Le motif en est dans ce principe qu'on ne peut avoir de *sui heredes* malgré soi : or, dans l'espèce, les enfants du petit-fils seront appelés, au décès de l'aïeul, à passer sous la puissance du fils et à devenir envers lui des *sui heredes*.

Il n'en est pas de même pour l'union de la petite fille, dont les enfants naissent dans la famille du mari.

Le consentement peut être donné expressément ou tacitement.

A l'origine, et jusqu'aux lois caducaires, le père avait le droit absolu de refuser, même sans motif, son consentement.

Digitized by Google

Auguste autorisa le préteur et le président de province à forcer le père à consentir. Si le père était captif ou absent, le fils et la fille pouvaient se marier sans consulter personne ; mais Justinien exige qu'il se soit écoulé un délai de trois ans depuis la disparition. Si le père était fou, la fille n'avait pas besoin de consentement, tandis que, pour le mariage du fils, un rescrit était exigé ; mais Justinien décida que le fils pourrait se marier librement.

*Connubium.* — Manquent absolument de la capacité légale de se marier : les esclaves, les latins, les pérégrins et les barbares. Ajoutons qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

Mais, parmi les personnes qui ont cette capacité, il en est qui ne peuvent se marier entre elles. C'est la théorie des empêchements au mariage, dont les uns sont justifiés par des motifs de morale publique et les autres par des considérations sociales ou politiques.

Les premiers proviennent de la parenté et de l'alliance.

La parenté en ligne directe est le lien qui unit deux personnes issues l'une de l'autre. On en compte les degrés par générations. En ligne directe, le mariage est prohibé à l'infini, que la parenté soit civile ou naturelle, adoptive ou réelle, et qu'elle proviennent des justes noces ou de toute autre union.

La parenté en ligne collatérale est le lien qui unit deux personnes descendant d'un auteur commun sans descendre l'une de l'autre. Les degrés se comptent en remontant de l'une à l'auteur commun et en redescendant à l'autre. Cette parenté, civile ou naturelle, adoptive ou réelle, créée par les justes noces ou par toute autre union, produit deux prohibitions : entre frère et sœur, et oncle ou grand-oncle et nièce ou petite-nièce, tante ou grand'tante et neveu ou petit-neveu. Il en est de même en droit français.

Claude fit déroger à cette règle : désirant épouser Agrippine, la fille de son frère, il obtint du Sénat que le mariage fût désormais permis entre un oncle paternel et sa nièce.

Le mariage n'a jamais été prohibé entre un frère et une sœur adoptive, après rupture du lien adoptif par l'émancipation.

Digitized by Google

L'alliance est le lien qui existe entre chacun des époux et les parents de l'autre. Entre alliés en ligne directe, la prohibition va à l'infini. En ligne collatérale, les empereurs chrétiens interdirent l'union entre le beau-frère et la belle-sœur. Les mêmes règles existent en droit français.

Par des raisons de convenance, les justes noces sont encore prohibées entre le père et la fiancée de son fils, entre le fils et la fiancée du père, entre l'ancien mari et la fille que sa femme divorcée aurait eue d'un mariage subséquent.

Parmi les empêchements fondés sur des motifs d'utilité sociale, il faut citer celui relatif à l'union du fonctionnaire de province avec une femme du pays, et ceux qui tiennent à l'inégalité des conditions et à la différence des religions.

**Sanction pénale et civile des conditions d'aptitude au mariage.** — Le droit criminel punit de l'infamie, jusqu'à Justinien, et de la mort sous ce prince, l'époux bigame et le père de famille qui a consenti à son second mariage. L'inceste du droit des gens, ou union en ligne directe, réprouvée par tous les peuples, entraîne contre les deux époux des peines corporelles ou pécunaiaires, qui ont varié suivant les époques. L'inceste du droit civil, ou union en ligne collatérale, n'est réprimé qu'à l'égard du mari.

Le droit civil considère comme nulle toute union dénuée de l'une des conditions requises : il n'y a, dès lors, ni mári, ni épouse, ni enfants légitimes.

Plusieurs tempéramments ont été apportés à cette règle :

1° Un rescrit de Marc-Aurèle déclare légitimes les enfants nés d'une union incestueuse d'après le droit civil, à raison de la bonne foi de la mère ;

2° Une décision de Théodose et Valentinien exonère des peines de l'inceste l'époux qui, dès la découverte de l'empêchement, rompt la vie commune.

Ces deux décisions contiennent en germe le principe du mariage putatif. On sait que le droit civil français admet que le mariage nul, contracté de bonne foi par les époux ou par l'un d'eux, produit néanmoins des effets civils en faveur des époux ou de l'époux de bonne foi et des enfants issus du mariage ;

3° Lorsque les conjoints, dont le mariage est nul par suite

Digitized by Google

d'un empêchement de nature à disparaitre, ont continué à cohabiter après la disparition de cet empêchement, il s'opère par ce seul fait une nouvelle union régulière produisant des effets pour l'avenir : tel est le cas de l'époux impubère ou du fils de famille marié sans l'adhésion du père.

**Eléments essentiels pour la formation des justes noces.**— Deux éléments, l'un moral, l'autre matériel, sont indispensables pour la formation du mariage : 1° le consentement respectif des parties ; 2° la *deductio in domum mariti*, ou conduite de la femme dans la maison conjugale, qui est celle du mari, afin de rendre la cohabitation possible. Ce qui démontre bien la nécessité de ce second élément, c'est que l'homme absent peut se marier, la *deductio* étant possible en son absence, tandis que la femme absente ne le peut pas, la *deductio* ne pouvant avoir lieu sans elle.

Mais le droit romain ne prescrit le concours d'aucune autorité publique, ni aucune solennité civile pour la formation du mariage.

Le défaut de toute célébration publique rendait quelquefois la preuve du mariage très difficile. Il est vrai que les spectateurs de la cérémonie nuptiale pouvaient attester le fait du mariage et que la constitution de dot au autres conventions matrimoniales contenaient une preuve écrite. Mais, en l'absence de ces deux moyens, comment distinguer le mariage du concubinat? A l'aide de présomptions : entre conjoints de condition égale et honorable, l'union faisait supposer le mariage ; dans le cas contraire, elle était réputée concubinat. Justinien exigea un acte écrit pour le mariage des personnes d'un rang élevé.

**Effets juridiques des justes noces :** *A l'égard des époux.* — Outre l'alliance qui s'établit entre chacun des époux et les parents de l'autre, le mariage engendre entre les époux deux obligations d'ordre moral : la fidélité et l'assistance mutuelles.

L'adultère du mari n'est puni que de peines pécuniaires ; la femme adultère encourt, en outre, des châtiments corporels.

De l'obligation d'assistance naissent, notamment, la dette alimentaire réciproque et la dispense de déposer en justice contre son conjoint.

Digitized by Google

Par le fait du mariage, la femme a son domicile légal chez le mari, et celui-ci devient son mandataire *ad litem*.

Deux systèmes matrimoniaux ont été imaginés pour le règlement des rapports pécuniaires des époux :

1° Dans l'ancien droit, la *conventio in manum*, qui consistait à faire passer sur la tête du mari tous les biens de la femme ;

2° Le droit classique crée une sorte de régime dotal, qui consiste dans la formation d'un patrimoine au pouvoir du mari pendant le mariage, destiné à faire face aux charges de la vie commune et composé d'un double apport, celui de la femme ou dot, seul connu à l'origine, et celui du mari ou *donatio propter nuptias*, définitivement organisé sous Justin et Justinien.

Les époux pouvaient encore, en établissant entre eux une société universelle de biens, former une espèce de régime de communauté. Mais cette société ne fut jamais dégagée des principes de la société ordinaire ; elle était, d'ailleurs, très rare, car la fréquence des divorces exigeait un système matrimonial exempt de toute difficulté de liquidation.

*A l'égard des enfants.* — Les justes noces créent la filiation légitime. Elle s'établit envers la mère par le fait de l'accouchement, envers le père, par une présomption rationnelle, passée dans le Code civil, d'après laquelle la femme mariée est réputée enfanter des œuvres du mari : *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Il en découle deux conséquences :

1° L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. La plus longue gestation est censée de dix mois ou trois cents jours pleins, et la plus courte de six mois ou cent quatre-vingt jours pleins. La période de la conception est donc de quatre mois ou cent-vingt jours. Néanmoins, le mari sera recevable à renverser cette présomption, en prouvant que, pendant la période de la conception, il se trouvait, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. L'adultère de la femme ne suffirait pas, à lui seul, pour autoriser le désaveu ;

2° Les enfants non conçus pendant le mariage, c'est-à-dire nés avant le cent-quatre-vingt-unième jour après sa formation ou nés après le trois-cent-unième qui suit sa dissolution, sont

Digitized by Google

déclarés illégitimes par le droit classique. Justinien décide que le mari sera réputé le père des enfants nés avant le cent-quatre-vingt-unième jour après les noces contractées, par le motif qu'ils auront été le plus souvent conçus de ses œuvres avant le mariage. Mais restait toujours au mari le droit de contester la légitimité de l'enfant, en établissant qu'il était dans l'impossibilité de cohabitation pendant la période de la conception. En droit français, le mari ne peut, dans ce cas, désavouer l'enfant, s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, ou s'il a signé l'acte de naissance, ou encore si l'enfant n'est pas déclaré viable.

La filiation légitime se prouvait :

1° Par les registres de naissance, mis en usage sous la République et rendus obligatoires par Marc Aurèle.

2° A défaut de ce titre, par la possession d'état constante d'enfant légitime : elle s'établit par un ensemble de faits indiquant le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir : tels sont, notamment, que l'individu a toujours porté le nom de l'homme dont il invoque la paternité ; que celui-ci l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son entretien, à son éducation et à son établissement ; qu'il a été reconnu constamment pour tel par la famille et dans la société ;

3° A défaut de titre et de la possession d'état, on pouvait recourir à la preuve testimoniale, qui exigeait cinq témoins. En droit français, cette preuve n'est admise, en pareil cas, que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit ou lorsque les présomptions fondées sur des faits constants sont assez concluantes pour en justifier l'admission.

L'action en reconnaissance de paternité légitime était appelée *de partu agnoscendo*.

La filiation légitime engendre, dans la ligne paternelle, l'agnation, et dans les lignes paternelle et maternelle, la cognation. De la cognation naissaient pour les ascendants le devoir d'éducation, pour le descendant le devoir d'honneur et de respect, de part et d'autre l'obligation alimentaire. Ajoutons que le fils a la même condition que le père.



Digitized by Google

**De la dissolution des justes noces.** — Le mariage se dissout : 1° Par la mort naturelle de l'un des époux. Tandis que le mari pouvait se remarier immédiatement, la femme était astreinte à un délai de viduité, qui était de dix mois, au temps classique, et d'un an, sous les empereurs chrétiens. C'était là un empêchement prohibitif, puisque l'union contractée par la femme en dépit de cette prohibition n'était pas nulle, mais l'exposait seulement à diverses peines, telles que l'infamie et des peines pécuniaires. Cette prohibition avait pour but d'empêcher la confusion de part, *turbatio sanguinis*.

2° Par la *maxima* ou la *media capitis deminutio* de l'un des époux, c'est-à-dire par l'extinction ou l'amoindrissement de sa personnalité juridique résultant de la perte de la liberté ou de la cité. La perte seule du *jus civitatis* transforme les justes noces en mariage du droit des gens.

3° Par le divorce, qui est la rupture régulière du lien matrimonial, admis dès l'origine, mais resté sans vigueur jusqu'à la fin de la République. Sous l'Empire, il devint une institution abusive. Le divorce s'opérait ou par consentement mutuel, et il était, dans ce cas, libre de formes, ou bien par la volonté unilatérale de répudier, et il fut, comme tel, exempt de formes jusqu'à Auguste ; mais ce prince exigea que la volonté de répudier fut exprimée devant sept témoins.

Les empereurs chrétiens voient le divorce avec défaveur : Justinien ne permet le divorce par consentement mutuel qu'aux époux désireux de vivre désormais dans la continence. Dans le dernier état du droit, le divorce est autorisé pour causes légitimes et déterminées, telles que l'inconduite notoire ou l'adultère de la femme, l'impuissance physique du mari. L'époux qui motive le divorce et celui qui divorce sans cause légitime sont punis de diverses peines.

En cas de divorce, la garde des enfants est de préférence confiée à l'époux irréprochable.

Depuis Auguste jusqu'à Constantin, les secondes noces furent obligatoires à raison des peines édictées par les lois caducaires contre le célibat dans le veuvage. Elles devaient, au contraire, trouver peu de faveur auprès des empereurs chrétiens, surtout

Digitized by Google

dans le cas où il existait des enfants de la première union. Pour les empêcher, on édicta certaines mesures préventives : notamment, l'éducation des enfants du premier lit était enlevée à la femme remariée, et la tutelle sous Justinien ; de plus, l'homme ou la femme qui se remariait ne pouvait disposer par testament en faveur de son nouveau conjoint que d'une part d'enfant légitime le moins prenant. La loi française, dans l'intérêt des enfants du premier lit, s'est inspirée de ces principes du droit romain.

II. — *Autres unions reconnues par le droit romain.*

Au-dessous des justes noces, le droit romain sanctionnait trois autres unions : le *matrimonium injustum* ou mariage du droit des gens, le *concubinatus* et le *contubernium.*

*Matrimonium injustum.* — Les justes noces exigeant la cité chez les conjoints ne pouvaient se contracter entre Latins ou pérégrins, entre Latins et pérégrins, entre Latins ou pérégrins et Romains. On créa pour eux le mariage du droit des gens. Cette union conférait à la femme la condition du mari et créait entre époux le devoir de fidélité. Les enfants avaient pour père le mari, mais ils échappaient à sa puissance et acquéraient la condition de la mère. Il n'existait pas de régime dotal ni de succession entre les époux. Cette union était dissoute par le divorce et par tous événements de nature à la transformer en justes noces, tels que la concession de la cité. Elle disparut entièrement après la suppression des Latins juniens.

*Concubinatus.* — Cette union ne choquait ni les lois civiles ni les idées religieuses, puisqu'elle exigeait les mêmes conditions d'aptitude que les justes noces. Elle avait pour but de régulariser la liaison que des motifs d'ordre social ou politique empêchaient d'être légitime. Ainsi, le citoyen haut placé pouvait prendre pour *concubina* la femme d'un rang inférieur que les lois ne lui permettaient pas d'épouser ; de même, il était permis au gouverneur de province de choisir pour *concubina* une femme du pays. Comme les justes noces, le concubinat se contractait par le consentement respectif des parties et la possibilité de la cohabitation. La différence entre les deux unions résidait dans l'intention seule des conjoints. La femme,

Digitized by Google

généralement d'un rang inférieur, n'acquérait pas la condition sociale de l'homme. L'adultère n'était pas punissable, sauf entre le patron et l'affranchie. La dot et la donation *propter nuptias* étaient prohibées. Les enfants avaient bien le mari pour père légalement certain, mais ils ne tombaient point sous sa puissance. La seule volonté des conjoints mettait fin à ce genre de lien. L'organisation de la légitimation par mariage subséquent diminua le nombre des concubinats. Pourtant, cette sorte d'union survécut à Justinien comme institution légale et ne fut supprimée que par Léon le Philosophe.

*Contubernium.* — On appelait ainsi l'union licite de deux esclaves, ou d'un esclave et d'une personne libre. Elle exigeait, outre le consentement des parties, celui du maître, puisque l'une d'elles au moins était en puissance. Il ne tenait même qu'à lui de dissoudre l'union. Nous savons que le sénatusconsulte Claudien punissait de l'esclavage la femme libre qui persistait dans ses relations avec l'esclave d'autrui, malgré trois sommations du maître. Le *contubernium* engendre la *cognatio servilis*, qui produit après l'affranchissement des empêchements au mariage et un droit successoral. Les enfants avaient le mari pour père certain, mais suivaient la condition de la mère.

### Section III. — De la légitimation.

La légitimation est un acte civil constitutif de la puissance paternelle sur les enfants issus du concubinat. On sait que ces enfants, quoique ayant un père légalement certain, suivent la condition de la mère et naissent *sui juris*. Les enfants *vulgo concepti*, nés d'une union illicite, ne se rattachant qu'à leur mère, ne peuvent bénéficier de la légitimation. Les enfants nés d'un mariage du droit des gens tombaient en puissance par le seul effet de sa transformation en justes noces.

La légitimation date de l'Empire. Elle peut s'opérer, suivant les époques, par trois modes distincts : par mariage subséquent, par rescrit du prince et par oblation à la curie.

*Par mariage subséquent.* — Ce mode fut établi d'une façon

Digitized by Google

générale par Anastase, qui exigea cinq conditions : 1° possibilité juridique du mariage lors de la conception de l'enfant, ce qui exclut de cette faveur les enfants adultérins ou incestueux; 2° rédaction d'un acte dotal pour donner de la publicité au mariage ; 3° adhésion, au moins tacite, de l'enfant, en vertu du principe que nul ne tombe en puissance contre son gré ; mais le silence équivaut au consentement et permet de légitimer les enfants même simplement conçus ou les fous ; 4° ingénuité de la concubine ; 5° inexistence d'enfants d'une précédente union. Justinien supprime ces deux dernières conditions, et, apportant une dérogation au principe de la nécessité du *connubium* à l'époque de la conception, décide que le mariage subséquent d'un patron avec son affranchie légitimera les enfants qu'elle lui aura donnés durant l'esclavage. C'est le seul cas où les enfants issus *ex contubernio* peuvent être légitimés. Ce mode de légitimation produit, pour l'avenir, l'agnation et toute ses conséquences.

*Par rescrit du prince.* — Essentiellement subsidiaire au précédent, ce mode fut établi par Justinien pour relever de leur infériorité sociale les enfants que le décès, l'absence, le refus ou l'indignité de la mère empêchaient de légitimer par mariage subséquent. Le père peut solliciter le rescrit impérial soit de son vivant, soit par testament. Ce mode produit les mêmes effets que le précédent.

*Par oblation à la curie.* — Ce mode fut imaginé par Valentinien et Théodose dans un but plutôt politique et fiscal qu'humanitaire. Les décurions ou membres des assemblées municipales, en retour de certaines prérogatives, étaient tenus d'avancer de leurs deniers à l'Etat les impôts à percevoir, et l'insolvabilité des contribuables, dans ces siècles de dissolution qui marquèrent le Bas-Empire, avait rendu ces fonctions très dangereuses. Les empereurs, pour maintenir la curie désertée et en assurer le recrutement, eurent recours à des mesures de coercition ou d'habileté, telles que l'hérédité de la curie et la légitimation par oblation à la curie des enfants nés du concubinat. Valentinien et Théodose exigeaient trois conditions pour cette légitimation : 1° que le père, en offrant son fils à



Digitized by Google

la curie, lui donnât au moins vingt-cinq arpents de terre ; 2° qu'il n'eût pas d'enfants légitimes ; 3° que l'enfant ne fît aucune opposition. Pour légitimer les filles, il suffisait de les marier à un décurion avec une dot de vingt-cinq arpents de de terre. L'enfant, en cas de prédécès du père, put s'offrir lui-même à la curie. La légitimation par oblation à la curie produit des effets moins larges que les deux modes précédents : notamment, l'enfant qui tombe en puissance ne devient agnat que de son père.

### Section IV. — De l'adoption.

L'adoption est un acte solennel qui, en créant un lien civil de filiation légitime entre deux citoyens romains, fait passer l'un sous la puissance de l'autre. Tandis que le mariage est un acte privé, l'adoption a un caractère essentiellement public. Cette parenté artificielle était très en honneur à Rome, parce qu'elle répondait à diverses nécessités sociales. Au point de vue politique, elle servait à perpétuer le culte du foyer et les noms glorieux ; au point de vue privé, elle offrait un moyen facile pour ouvrir aux cognats la famille civile, et, pendant longtemps, elle fut employée pour légitimer les enfants nés du concubinat.

L'adoption d'un *alieni juris* s'appelle adoption proprement dite, celle d'un *sui juris* adrogation.

#### *I. — Adoption proprement dite.*

**Conditions de formes.** — Le père de la personne qui doit être adoptée éteint sa puissance sur la fille ou le petit-fils par une seule mancipation, sur le fils par trois mancipations, dont les deux premières sont suivies de deux affranchissements qui remettent le fils en puissance, et dont la troisième est libératoire. Ces actes accomplis, le père, l'acquéreur et le fils de famille procèdent devant le magistrat ou le gouverneur de la province à une *in jure cessio* ou procès fictif en revendication : le tiers réclame l'enfant comme sien, le père acquiesce ou se tait, et le préteur, par une *addictio,* déclare que l'enfant est au

Digitized by Google

tiers. Ce mode d'adoption singulier fut remplacé, sous Justinien, par une simple déclaration du père au magistrat, faite en présence de l'adopté et de l'adoptant, et inscrite sur les registres publics. Il convient de noter que le consentement formel de l'adopté n'a jamais été exigé : il suffisait qu'il ne fît pas d'opposition, ce qui permettait l'adoption de l'enfant en bas âge ou du fou.

**Conditions requises pour adopter ou être adopté.** — Pour pouvoir adopter, il faut être apte juridiquement et physiquement à la puissance paternelle.

L'inaptitude juridique écarte du rôle d'adoptant les esclaves, les fils de famille, les non-citoyens, et les femmes. L'inaptitude physique en fait exclure l'eunuque, mais non l'impuissant, dont l'infirmité échappe à toute constatation.

De plus, l'adoption devant imiter la nature, il faut pouvoir être personnellement le père de celui qu'on adopte, c'est-à-dire avoir au moins dix-huit ans de plus que lui.

Sous le Bas-Empire, Dioclétien permit aux femmes qui avaient perdu leurs enfants d'adopter, mais cette adoption exige un rescrit. L'empereur Léon supprima la condition de maternité. Cette espèce d'adoption ne crée point la puissance paternelle, puisque la femme est sans qualité pour l'exercer. L'adopté ne sort point de sa famille originaire et devient seulement héritier légitime de l'adoptante.

Pour être adopté, il faut être *alieni juris*, libre et citoyen. Les filles de famille ont toujours pu être données en adoption. Au temps classique, celui que son père adoptif avait émancipé ou déjà donné en adoption ne pouvait plus être adopté par lui. Justin, dans le but de favoriser la légitimation par mariage subséquent, défendit au père d'adopter ses enfants issus du concubinat.

**Effets juridiques de l'adoption.** — L'adoption confère à l'adopté le nom de l'adoptant et transforme son premier nom en épithète : Octave devient César Octavien. Elle établit entre l'adoptant et l'adopté un lien de filiation légitime, qui crée l'agnation et la vocation successorale. Par contre, l'adopté perd tous ses droits d'agnation dans sa famille originaire. Toutefois,

Digitized by Google

la filiation par adoption diffère sur plusieurs points de la filiation par mariage : 1° elle ne compte point, sous les lois caducaires, soit pour obtenir à l'adoptant les privilèges de la paternité, soit pour lui épargner les peines du célibat ; 2° la rupture du lien adoptif fait perdre la cognation et ne laisse subsister que l'empêchement au mariage en ligne directe.

Quand l'adoptant était un ascendant paternel non investi de la puissance, le changement de famille ne présentait aucun danger successoral pour l'adopté. Le préteur lui conservait, pendant la durée de l'adoption, sa vocation dans sa famille originaire, et, après sa dissolution, sa vocation à l'hérédité de l'adoptant.

Quand l'adoptant était un ascendant maternel, la situation était moins rassurante pour l'adopté : tant que durait le lien adoptif, l'adopté était écarté de la succession du père primitif, dont les biens passeraient sans cette règle dans la ligne maternelle ; mais, une fois le lien brisé, le préteur l'appelait à cette succession ; toutefois, si elle était déjà partagée, il ne pouvait venir qu'en qualité de cognat à l'hérédité de l'adoptant. La Novelle 118, postérieure aux Institutes, vint remédier à cette conséquence, en plaçant sur la même ligne successorale tous les descendants par les mâles ou par les femmes.

Quand l'adoptant était un étranger, *extraneus*, un réel péril successoral menaçait l'adopté. Après avoir perdu tous ses droits dans sa famille originaire, il pouvait également perdre par une émancipation ses droits dans la famille adoptive. Le préteur l'avait, pourtant, admis, dans ce cas, en qualité de *bonorum possessor*, à l'hérédité non encore partagée du père primitif.

Justinien décida, pour prévenir ce danger, que l'adoption émanée d'un non ascendant n'entraînerait plus changement de puissance ni de famille.

### *II. — Adrogation.*

**Formes.** — Tandis que l'adoption ne fait que déplacer une puissance paternelle, sans modifier l'état de la cité, l'adrogation, au contraire, porte atteinte à l'ensemble des familles, en transformant une personne *sui juris* en *alieni juris*. C'est ce

Digitized by Google

qui explique l'intervention souveraine de la cité pour accepter ou refuser l'adrogation. Sous la République, l'adrogation a lieu devant les comices par curies : après enquête des pontifes, le consul demande à l'adrogeant, à l'adrogé et au peuple s'ils consentent à l'adrogation : son nom vient de ces trois *rogationes*. Dès le début de l'époque classique, les curies ne se réunissant plus, l'adrogation est faite par les pontifes. Enfin, au Bas-Empire, elle se fait par rescrit du prince, rendu après enquête du magistrat.

**Qualités requises pour adroger.** — Outre la capacité juridique et l'aptitude physique à engendrer, la loi exige que l'adrogeant n'ait pas d'enfants légitimes et qu'il ait soixante ans accomplis, âge où il cesse d'être soumis aux lois caducaires. Depuis Dioclétien, les femmes ayant perdu leurs enfants pouvaient adroger, mais aucune puissance paternelle ne résultait de cette adrogation.

**Qualités requises pour être adrogé.** — Pour être adrogé, il faut être *sui juris*, citoyen romain, et capable de consentir. A l'époque classique, le mineur de vingt-cinq ans ne pouvait être adrogé par celui qui avait été son tuteur ou curateur. Claude exigea pour l'adrogation du mineur de vingt-cinq ans l'autorisation préalable d'un curateur. Justin empêcha l'adrogation des enfants issus du concubinat. Les femmes, n'ayant pas accès dans les comices, ne purent être adrogées que du jour où le rescrit du prince remplaça l'adhésion des curies. Le même obstacle empêcha pendant longtemps l'adrogation de l'impubère *sui juris*. C'est Antonin le Pieux qui la permit, sous des conditions de nature à garantir les intérêts du mineur : il exigea le consentement du tuteur et une enquête du magistrat sur les avantages moraux et pécuniaires de l'adrogation.

**Effets de l'adrogation.** — L'adrogé prend le nom de l'adrogeant et acquiert tous les droits attachés à la filiation légitime. Les enfants légitimes de l'adrogé, qu'ils soient nés ou conçus avant ou après l'adrogation, tombent sous la puissance de l'adrogeant. Au point de vue des biens, le patrimoine de l'adrogé est acquis à l'adrogeant par le seul effet de son entrée en puissance. A cet égard, Antonin le Pieux, qui autorisa l'a-

Digitized by Google

drogation de l'impubère *sui juris*, prescrivit des mesures spéciales de précaution à l'effet de sauvegarder à la fois les intérêts du mineur et de certains tiers. En premier lieu, il décida que si le mineur adrogé venait à être émancipé ou exhérédé, il pourrait réclamer, par une *condictio ex lege*, la restitution de tous les biens entrés par son fait, lors de l'adrogation ou pendant sa durée, dans le patrimoine de l'adrogeant. De plus, s'il avait été émancipé ou exhérédé sans motifs légitimes, il pouvait, au décès de l'adrogeant, réclamer, à titre d'indemnité, le quart de la portion qu'il aurait recueillie en qualité d'héritier légitime, s'il eût succédé à l'adrogeant étant encore en puissance : c'est la *quarte Antonine ;* ne constituant pas un droit héréditaire, elle ne donne lieu qu'à une action de créance.

En second lieu, Antonin décida que les biens du mineur adrogé, mort avant sa puberté, reviendraient aux personnes qui y auraient eu droit sans l'adrogation : ce seront généralement celles qui auraient été ses héritiers présomptifs ; quelquefois ce seront les substitués pupillaires désignés par le père qui aura testé pour l'impubère. Comme ces ayants-cause ne sont pas légalement connus, lors de l'adrogation, un *servus publicus*, considéré pour la circonstance comme esclave commun de tous les citoyens, stipule que les inconnus qu'il représente ont droit aux biens du mineur, s'il meurt avant sa puberté. L'adrogeant s'engage avec caution à les restituer le cas échéant : dès lors naît contre lui une action *ex stipulatu* utile, c'est-à-dire accordée en dehors des règles ordinaires. Sous Justinien, l'esclave est remplacé par un *tabularius*, homme libre chargé de la transcription et du dépôt des actes juridiques. Dans le dernier état du droit, en l'absence de toute stipulation, l'adrogeant est censé s'être engagé à la restitution éventuelle.

Dès que le mineur est pubère, toutes ces précautions disparaissent, c'est le retour au droit commun. Toutefois, en vertu d'une règle générale, tout mineur de vingt-cinq ans peut demander, par la *restitutio in integrum*, la rescision de tous les actes préjudiciables, même de l'adrogation, au besoin.

Justinien ne donne à l'adrogeant que l'usufruit du patrimoine de l'adrogé, quel que soit son âge. Dès lors, les restitutions sti-

Digitized by Google

pulées de l'adrogeant, après l'adrogation d'un impubère, porteront sur les jouissances.

## Section V. — Extinction de la puissance paternelle.

*Causes d'extinction.* — Elles sont multiples : 1° la mort du père ou du fils ; 2° l'élévation de la fille à la dignité de vestale, du fils à celle de flamine, de patrice, de consul ou d'évêque ; 3° la perte de la liberté chez le père ou l'enfant ; mais, par la fiction du *postliminium*, le retour du père ou du fils captif efface rétroactivement l'esclavage et ses conséquences ; si le père captif meurt chez l'ennemi, l'enfant est réputé *sui juris* depuis le commencement de la servitude et profite seul des acquisitions par lui faites ; 4° la perte de la cité chez le père ou l'enfant : le prince peut, par la *restitutio per omnia*, espèce de droit de grâce, rétablir la *patria potestas* dissoute par une condamnation ; 5° l'adoption ; 6° la mancipation de la fille de famille en vue de créer la *manus* ; 7° l'émancipation, dont la forme a varié suivant les époques. Dans l'ancien droit, elle s'opère par trois mancipations fictives pour le fils et une seule pour la fille et le petit-fils : l'aquéreur *in mancipio*, au moyen du contrat de fiducie, promet ou d'affranchir l'enfant, auquel cas il obtient comme patron les droits de tutelle et de succession, ou de le remanciper au père, qui, en l'affranchissant lui-même, acquerra les droits précités. Ce système ne permettait pas d'affranchir l'absent. Anastase permit de libérer de la puissance paternelle l'absent, avec son consentement, par simple rescrit impérial. Enfin, Justinien décida que l'émancipation résulterait d'une déclaration devant le magistrat, consignée sur le registre des actes judiciaires, et que le père serait toujours nanti des droits de tutelle et de succession. En principe, le père était libre d'émanciper. Exceptionnellement, il pouvait y être contraint à l'égard de l'enfant qu'il maltraitait ou prostituait. Comme l'affranchissement, l'émancipation était révocable pour cause d'ingratitude.

*Effets juridiques de l'extinction.* — Les droits du père sur la personne et les biens de l'enfant s'évanouissent. L'agnation est

Digitized by Google

conservée à l'enfant, si la cause de dissolution n'entraîne pas pour lui une *capitis deminutio* ; elle disparait, dans le cas contraire, et avec elle tous les droits héréditaires attachés à la parenté civile. Après l'émancipation, l'enfant devient propriétaire exclusif du pécule *profectice* ou provenant du père, à moins que celui-ci ne l'en prive expressément, et des deux tiers en nue-propriété du pécule *adventice* ou provenant de la mère. Justinien décide que le père aura la moitié en usufruit de ce dernier pécule.

## Section VI. — Du mancipium.

Le *mancipium* est une puissance du droit civil, qui s'établit, à la suite d'une mancipation faite par le chef de famille, sur les fils ou filles en puissance ou les femmes *in manu.*

Tantôt le *mancipium* est réel : c'est lorsque le père mancipe ses enfants dans le but de trafiquer de leur valeur ou de se soustraire à la réparation du préjudice causé par eux. Tantôt il est purement imaginaire: c'est lorsqu'il sert de moyen pour libérer un enfant de la *patria potestas* ou une femme de *la manus.*

La situation de l'individu *in mancipio* était assez semblable à celle de l'esclave : ainsi, l'acquéreur profite de toutes ses acquisitions et lui succède à titre universel. L'agnation du mancipé est dissoute. Mais, à la différence de l'esclave, il reste ingénu, et l'acquéreur s'exposerait à une action d'injures en le maltraitant.

Le *mancipium* s'éteint, comme la servitude, par une manumission *censu*, *vindictâ* ou *testamento.* Notons, à cet égard, que le mancipé peut requérir lui-même, en règle générale, son inscription sur le registre du cens. L'affranchissement du mancipé faisait naître un rapport de patronat, qui produisait le droit de tutelle et de succession.

## Section VII. — De la manus.

La *manus* est une puissance du droit civil qui s'établit sur

Digitized by Google

la femme, soit, à la suite du mariage, au profit du mari, soit, en vertu d'un contrat de fiducie, au profit du mari ou d'un tiers. Ce n'était donc pas une conséquence nécessaire des justes noces. La fille de famille ne pouvait y tomber sans le *jussus* de son père, la femme *sui juris* sans l'*auctoritas* de son tuteur.

La *manus* matrimoniale ou réelle faisait passer tous les biens présents et futurs de la femme dans le patrimoine du mari et rendait la femme, en droit, fille de son mari : par suite, elle devenait juridiquement la sœur de ses enfants, agnate de tous les agnats du mari et héritière sienne de ce dernier. Pendant la durée de la *manus*, les pouvoirs du mari étaient à peu près analogues à ceux du père de famille. Le veuvage rendait la femme *sui juris* et la plaçait sous la tutelle de son plus proche agnat. Cette bizarre institution servait à merveille le désir des vieux Romains d'anéantir le rôle de la femme dans la société et de l'assujettir à l'homme. Cette sorte de *manus* pouvait se constituer par trois modes : 1° par la *confarreatio*, espèce de cérémonie religieuse réservée aux patriciens : seuls les enfants nés d'époux *confarreati* avaient accès à certaines fonctions sacerdotales ; 2° par l'usucapion de la femme, qui se réalisait au profit du mari par une cohabitation annale continue ; la femme pouvait interrompre l'usucapion en découchant trois nuits consécutives ; 3° par la *coemptio* ou mancipation au mari de la fille de famille par son père, de la femme *sui juris* par elle-même.

La *manus* fiduciaire ou provisoire ne s'opérait que par la *coemptio* : l'acquéreur de cette *manus*, époux ou tiers, s'obligeait. en vertu d'un contrat de fiducie, à remanciper sans retard la femme à une personne qui était tenue, par un second contrat de fiducie, de l'affranchir par la vindicte. Ce procédé avait été imaginé pour permettre d'éluder certaines lois surannées : c'est ainsi, notamment, qu'en brisant les liens d'agnation, il donnait à la femme la possibilité de faire son testament, la femme ne pouvant tester que si elle n'a pas d'agnats.

La *manus* s'éteignait par la mort, l'émancipation, et, suivant les modes de sa constitution, par la *diffarreatio*, cérémo-



Digitized by Google

nie inverse de la *confarreatio*, ou par la mancipation suivie d'affranchissement.

Sous l'influence progressive des mœurs, cette institution disparut avec les divers besoins qu'elle était appelée à satisfaire.

### Section VIII. — Tutelle et curatelle.

En thèse générale, la tutelle et la curatelle sont des charges de direction et de contrôle confiées par le droit civil à des citoyens libres même *alieni juris* à l'égard d'individus citoyens et *sui juris*, maîtres de leurs droits, mais réputés incapables, à raison de leur âge, de leur sexe ou d'autres motifs, de les exercer normalement. Par exception, un latin junien pouvait être investi de la tutelle ou y être soumis. Ces deux mesures de protection diffèrent peu entre elles : toutefois, la tutelle implique une incapacité naturelle et complète, tandis que la curatelle suppose une incapacité accidentelle et partielle. Dans le droit ancien, la tutelle et la curatelle étaient organisées plutôt dans l'intérêt du tuteur ou curateur que dans celui de l'incapable.

#### *I. — Tutelle des impubères.*

**Délation de la tutelle.** — Le tuteur peut être désigné par testament, par la loi ou par le magistrat.

*Tutelle testamentaire.* — Le père de famille seul peut, dans son testament, désigner un tuteur à ses *sui heredes* même exhérédés : son choix doit porter sur un citoyen qui ait avec lui la *factio testamenti*, c'est-à-dire la capacité d'être institué héritier dans son testament. Il peut désigner son esclave, à la condition de l'affranchir dans le testament ; Justinien suppose cette condition réalisée. La désignation du tuteur doit avoir lieu en termes impératifs et fait partie du testament, dont elle subit le sort.

Si le père de famille ne s'était pas conformé aux règles précitées, ou si c'était le père naturel qui eût choisi le tuteur en instituant héritier son enfant, la jurisprudence avait fini par

Digitized by Google

admettre que le magistrat avait qualité pour confirmer la désignation sans enquête ; si le père naturel ne laissait rien à l'enfant en lui choisissant un tuteur, ou si la mère ou un tiers en instituant l'enfant lui avait désigné un tuteur, ce choix pouvait être confirmé par le magistrat sur enquête.

*Tutelle légitime.*— Cette tutelle, essentiellement subsidiaire à la précédente, remonte à la loi des Douze Tables et repose sur cette idée que celui qui doit avoir le bénéfice de la succession ou du pécule doit être soumis à la charge de la tutelle : par suite, elle est déférée aux héritiers présomptifs de l'impubère.

Si celui-ci est un ingénu libéré de la puissance paternelle sans émancipation, l'agnation est conservée, et c'est l'agnat mâle le plus proche qui devient tuteur ; à défaut d'agnats, la tutelle passe avec l'espoir de la succession aux *gentiles*. Lorsque la Novelle 118 eut substitué la succession des cognats à celle des agnats, la tutelle des agnats fut remplacée par celle des cognats. Justinien décida, à cet égard, que la mère et la grand-mère pourraient accepter la tutelle, à la double condition qu'elles renonceraient à se remarier et à se prévaloir du bénéfice du sénatus-consulte *Velléien*, qui défendait aux femmes de s'obliger pour autrui.

Si l'impubère est un ingénu émancipé, la tutelle appartient à l'acquéreur du *mancipium*, devenu son patron par l'affranchissement, ou bien au père, si celui-ci a exigé la remancipation en vue d'opérer lui-même la manumission. Après le *manumissor*, la tutelle passait à ses enfants. Sous Justinien, elle appartient toujours au père émancipateur ou à ses enfants.

Si l'impubère était un affranchi citoyen, la tutelle appartenait à celui qui avait la vocation héréditaire sur les biens de l'affranchi, c'est-à-dire le patron ou ses descendants. Si c'était un latin junien, elle appartenait à celui à qui devait retourner, à titre de pécule, le patrimoine de l'affranchi, c'est-à-dire le patron ou ses descendants. Pour le déditice, qui n'a pas le droit de cité, il n'y a pas de tutelle possible.

*Tutelle dative.* — La désignation d'un tuteur par le magistrat n'implique pas nécessairement l'absence de tout tuteur testa-

Digitized by Google

mentaire ou légitime. A raison des garanties parfois peu sérieuses qu'offrait la tutelle légitime, la jurisprudence avait fini par admettre que, dans tous les cas où l'on pourrait espérer un tuteur testamentaire, par exemple, quand ce dernier était fou ou captif ou que la tutelle testamentaire était soumise à une modalité suspensive, la tutelle légitime serait primée par la tutelle dative. Toute personne avait qualité pour requérir du magistrat la désignation d'un tuteur à l'impubère. Cette faculté fut même transformée en obligation pour la mère et les affranchis du père de l'enfant, et son inexécution entraînait, pour les affranchis, des châtiments corporels, et, pour la mère, son exclusion de l'hérédité du pupille.

Sous la République, la faculté de nommer le tuteur était confiée, à Rome, aux tribuns réunis sous la présidence du préteur urbain, en province, aux gouverneurs. L'Empire l'attribue, à Rome, d'abord aux consuls, puis à un préteur spécial, le *prætor tutelaris*, en province, aux magistrats municipaux. Pour les pupilles d'une race illustre, elle appartient, à Rome, au préfet de la ville assisté de sénateurs et du *prætor tutelaris*, en province, au gouverneur.

La nomination du tuteur par le magistrat a un caractère mixte : elle appartient à la juridiction gracieuse, en ce qu'elle peut avoir lieu même les jours fériés et que le pouvoir de nommer le tuteur ne peut être délégué ; elle est de juridiction contentieuse, en ce que le magistrat ne nomme qu'à son tribunal et ne peut se nommer lui-même.

**Fonctions du tuteur**. — *Objet des fonctions du tuteur*. — Ces fonctions, gratuites en principe, ont un double objet, la conservation et l'augmentation de la fortune du pupille. A Rome, contrairement à ce qui se passe dans nos sociétés modernes, le tuteur n'a pas pour mission de veiller sur la personne du pupille, qui est confiée à un gardien chargé de son éducation et choisi par le magistrat.

De l'obligation de conserver le patrimoine de l'impubère découlent les conséquences suivantes :

1° Le tuteur doit faire connaitre exactement, sous peine d'être sévèrement puni, la situation pécuniaire du pupille au

Digitized by Google

préteur ou au gouverneur de province, pour que ceux-ci puissent à bon escient affecter à la garde, l'entretien et l'éducation du pupille une somme, autant que possible, inférieure à ses revenus ;

2° Tous actes qui diminueraient sans compensation le patrimoine du pupille sont interdits au tuteur : tels sont les affranchissements et les libéralités autres que les dons rémunératoires ou les concessions alimentaires en faveur des proches parents du pupille ;

3° Un sénatus-consulte, rendu sous Septime-Sévère, défend au tuteur d'aliéner à titre onéreux les fonds ruraux ou suburbains du pupille. Constantin étend la prohibition aux fonds urbains et à certains meubles de prix, et Justinien aux choses incorporelles. La jurisprudence avait compris dans le règle précitée les aliénations indirectes, comme la constitution de gage ou d'hypothèque, ou partielles, comme la constitution de servitude. Il n'y était dérogé qu'au cas d'aliénation forcée ou sur autorisation du magistrat, donnée par décret, après avis de la famille et en présence d'un besoin urgent ou d'un profit assuré. Mais, restèrent toujours permises les aliénations que nécessite une bonne gestion, telles que la vente des objets improductifs ou susceptibles de se détériorer, et auxquelles le tuteur était tenu de procéder sans retard ;

4° Le tuteur doit, aux échéances, recouvrer les créances et payer les dettes du pupille.

De l'obligation d'augmenter la fortune du pupille dérivent les corollaires suivants :

1° Le tuteur doit procéder à tous les actes de gestion qui sont de nature à rendre les immeubles productifs suivant leur destination, notamment, les soumettre à la culture, les affermer, les réparer ;

2° Il est tenu de faire emploi, dès qu'elles atteignent un chiffre déterminé par le magistrat, des sommes qu'il a touchées, pour quelque cause que ce soit, au début ou pendant la durée de la tutelle : le délai de placement est de six mois pour pour les premières et de deux mois pour les autres. Faute de les rendre productives, il en devrait lui-même les intérêts ;

Digitized by Google

3° Il doit veiller à l'acceptation des successions avantageuses, des legs et des donations.

Telles sont les deux obligations générales pour l'accomplissement desquelles le tuteur exerce ses fonctions : tous les actes faits au préjudice de ces règles sont nuls et ne sauraient engager le pupille.

*Procédés offerts au tuteur pour remplir ses fonctions.* — Le tuteur peut suivre, pour exercer ses fonctions, deux voies distinctes : la *tutelæ gestio*, en agissant lui-même, et l'*auctoritas*, en faisant agir le pupille. On constate, à cet égard, une différence profonde entre la tutelle romaine et la tutelle française, dans laquelle on voit toujours le tuteur représenter le mineur dans les actes de la vie civile.

Par la *tutelæ gestio*, le tuteur seul agit : c'est lui qui conclut l'acte pour le compte du pupille. Mais, tandis que, d'après le Code civil, tout acte régulier du tuteur est réputé fait par le pupille, à Rome, au contraire, d'après le principe de la non-représentation, l'acte du tuteur lui reste personnel et toutes ses conséquences actives ou passives demeurent étrangères au pupille. Celui-ci ne sera investi ou passible des actions provenant de cet acte qu'après un transport de droits ou une décharge d'obligations opérés à la fin de la tutelle. Mais, à l'origine, le tuteur n'était armé contre le pupille d'aucune action aux fins d'être exonéré des obligations contractées par voie de gestion. C'est ce qui explique que son refus de gérer ne l'exposât à aucune responsabilité. Cet état de choses subsista jusqu'à la création prétorienne de l'action *tutelæ contraria ;* dès lors, nanti d'un recours efficace à la fin de la tutelle, il eut à répondre de son défaut de gestion. Restaient deux autres inconvénients de la *tutelæ gestio :* le transport obligatoire des créances ou dettes et les risques d'insolvabilité réciproque. Pour y remédier, on finit par admettre, vers la fin du deuxième siècle de notre ère, que le tuteur serait dessaisi ou déchargé de plein droit, à la fin de la tutelle, de toutes les actions régulières actives ou passives, et que ces actions passeraient, sous la qualification d'utiles, au pupille ou contre lui. Le tuteur pouvait désormais, à moins que les opérations n'eussent été

Digitized by Google

dolosives, repousser l'action du créancier par l'*exceptio finitæ tutelæ*. Ainsi, dans le dernier état du droit, le tuteur, au moment de l'acte, est seul créancier ou débiteur, mais, à la fin de la tutelle, il est censé avoir représenté le pupille.

L'*auctoritas* suppose le pupille et le tuteur en scène : le tuteur complète la capacité imparfaite du pupille, il supplée à ce qui manque à l'*aliquis intellectus*, à ce qui lui manque de discernement juridique. Différent du mineur français, le pupille romain agit lui-même, devient créancier ou débiteur. Il ne pourra, il est vrai, exercer l'action ou être poursuivi qu'à la fin de la tutelle; mais, d'ores et déjà, son patrimoine est enrichi du droit ou grevé de l'obligation. Toutefois, si l'*auctoritas* était donnée par dol, le pupille ne serait tenu que dans les limites de son enrichissement, et le tuteur répondrait du surplus. L'*auctoritas* est un acte solennel, exigeant, sans doute, à l'origine, des formules sacramentelles, ne comportant ni terme ni condition, et nécessitant la présence du tuteur au moment de l'acte, pour la régularité duquel elle est fournie.

En principe, le tuteur est libre de choisir entre les deux procédés. Toutefois, quand le pupille est absent ou encore *infans*, c'est-à-dire mineur de sept ans, le tuteur doit nécessairement suivre la voie de la *tutelæ gestio* : car, on ne comprendrait pas une *auctoritas* venant achever un commencement de capacité dont n'est pas encore doué le mineur de sept ans.

A l'inverse, pour tous les actes personnels, c'est-à-dire qui exigent pour leur validité l'intervention de la personne intéressée, tels que les *legis actiones*, l'adrogation, l'*in jure cessio*, la mancipation, la stipulation, l'acceptilation, l'acceptation ou la répudiation d'hérédité, le tuteur ne peut employer que l'*auctoritas*.

S'il s'agissait d'un de ces actes personnels, et que le pupille fût absent ou encore *infans*, le tuteur cherchait à tourner la difficulté en employant un mode d'acquérir ou de s'obliger qui n'exigeât point l'intervention du pupille : ainsi, il pouvait remplacer l'*in jure cessio* ou la mancipation par la tradition ou l'usucapion; pour la stipulation, on admettait l'esclave de l'enfant à y procéder. Quant à la succession laissée à l'*infans*,

Digitized by Google

il n'y avait aucune difficulté quand elle émanait du père, car, en qualité de *suus heres*, il en était investi de plein droit; mais, quand elle provenait d'un autre que le père, si l'*infans* n'était pas en état d'articuler, on lui faisait briser un objet fragile de l'hérédité, acte qui constituait une acceptation tacite *pro herede gerendo*; s'il était en état d'articuler, on l'admettait exceptionnellement à faire une adition verbale, *tutore auctore*. Théodose et Valentinien décidèrent que le tuteur accepterait valablement l'hérédité pour le compte du pupille *infans*.

Le tuteur ne pouvait fournir son *auctoritas* au pupille dans les cas où son intérêt personnel était en opposition avec celui du pupille, par exemple, dans une affaire ou un procès où il devait jouer un rôle contraire à celui du pupille : l'interposition de l'*auctoritas* aurait conduit, dans l'espèce, à ce résultat que le tuteur aurait conclu l'acte avec lui-même. A l'origine, le magistrat nommait, pour habiliter le pupille, un tuteur spécial, que Justinien remplaça par un curateur.

**Sort des actes faits par le pupille seul.** — Il ne peut être ici question du pupille *infans*, dont l'incapacité est absolue et les actes radicalement nuls. Il s'agit du pupille sorti de l'*infantia*, et le sort de ses actes dépend de deux règles bien définies par le droit classique :

1° Le pupille peut faire seul sa condition meilleure et ne peut la faire pire qu'avec l'*auctoritas* du tuteur. Faire sa condition meilleure, c'est acquérir gratuitement soit un droit réel ou de créance, soit la possession, ou bénéficier d'une remise de dette; faire sa condition pire, c'est éteindre son droit en consentant gratuitement une aliénation ou une remise de dette, c'est promettre ou s'obliger. L'*auctoritas* du tuteur est indispensable pour la validité de ces derniers actes, et encore ne doit-elle être donnée que dans l'intérêt du pupille.

2° Si l'acte fait sans *auctoritas* rend à la fois meilleure et pire la condition du pupille, ce dernier sera tenu jusqu'à concurrence de son enrichissement. Sont des actes complexes le paiement, qui éteint la créance en procurant la chose due ou qui prive de l'objet livré en libérant de la dette, et les contrats synallagmatiques qui rendent tout ensemble créancier et débi-

Digitized by Google

teur. En vertu du principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, le pupille qui aura figuré dans un de ces actes sans *auctoritas* sera passible d'une action dans la mesure du profit qu'il en aura retiré. Pareillement, en droit français, le paiement fait à un créancier incapable est valable, s'il est établi qu'il a tourné à son profit.

Il convient de remarquer, en terminant sur ce point, que l'adition ou la répudiation d'hérédité faites par le pupille seul sans *auctoritas* étaient nulles : l'hérédité est une masse indivisible d'actif et de passif, et le pupille est hors d'état, à raison de son âge, d'apprécier seul le parti à prendre.

**Extinction de la tutelle.** — Les causes qui mettent fin à la tutelle sont au nombre de six : 1° la mort du tuteur ou du pupille ; 2° la puberté ; 3° la *capitis deminutio maxima* ou *media* du tuteur, et toute *capitis deminutio* du pupille ; 4° la survenance d'une excuse : 5° la destitution du tuteur ; 6° l'accomplissement de la modalité résolutoire apposée par le défunt à la tutelle testamentaire.

L'extinction de la tutelle amène tout naturellement le règlement de comptes entre le tuteur et le pupille. Le droit romain considère la tutelle comme un quasi-contrat analogue au mandat : c'est ce qui explique les rapports entre les obligations du tuteur et celles du mandataire, entre les obligations du pupille et celles du mandant. Avant de rendre ses comptes, le tuteur doit faire nommer au pupille un curateur, qui, suivant une opinion, restera en fonction jusqu'à sa majorité.

La reddition des comptes porte : 1° sur les biens qu'il a trouvés dans le patrimoine du pupille à son entrée en charge et dont la valeur est constatée par un inventaire qu'il a dû faire dresser à cet effet ; 2° sur les biens acquis pendant la durée de la tutelle, qu'il doit avoir eu soin de faire estimer au fur et à mesure des acquisitions ; 3° sur tous les actes quelconques de sa gestion. Remarquons, à cet égard, qu'il est comptable envers le pupille de tout préjudice que lui aurait occasionné soit une mauvaise gestion, soit une *auctoritas* intempestive, soit une abstention inopportune de l'un ou de l'autre de ces procédés. Il répond même de sa faute légère : cette faute



Digitized by Google

doit-elle être appréciée *in concreto*, c'est-à-dire le tuteur ne doit-il aux intérêts du pupille que les soins qu'il apporte lui-même à ses propres affaires, ou bien *in abstracto*, c'est-à-dire leur doit-il les soins d'un administrateur diligent ? Dans le premier cas, il n'est responsable que des omissions ou négligences qu'il aurait évitées dans ses affaires personnelles ; dans le second, il doit réparation même de celles qui lui sont habituelles dans la gestion de ses intérêts et dont se fût gardé un bon administrateur. Les textes ne permettent pas de faire une réponse précise sur ce point ; mais la rigueur des règles romaines sur la tutelle autorise à penser qne la faute légère était appréciée *in abstracto*.

Deux voies de recours étaient ouvertes au pupille contre son tuteur, à la fin de la tutelle :

1° L'action, de droit commun, civile et infamante, *tutelæ directa* : dès l'époque classique, elle engendre au profit du pupille un privilège opposable aux créanciers chirographaires du tuteur. Constantin le transforme en hypothèque tacite, qui remonte au jour de l'ouverture de la tutelle.

2° L'action, exceptionnelle, civile et mixte, *de rationibus distrahendis* : elle suppose des comptes frauduleux destinés à dissimuler un détournement. Le tuteur qui succombe est condamné au double de la valeur soustraite : la première moitié indemnise le pupille, l'autre punit le tuteur. C'est donc une action *tàm rei quàm pœnœ persecutoria* : elle ne peut, comme telle, être exercée contre les héritiers du tuteur, qui ne sont tenus que de la réparation civile du préjudice.

A l'origine, comme nous l'avons vu, le tuteur n'avait aucun recours contre le pupille pour se faire décharger des obligations contractées par voie de gestion, recouvrer les sommes avancées pour lui et se faire indemniser des pertes imputables à la tutelle. Cette lacune, qui tenait le tuteur éloigné de l'administration, fut comblée par le préteur, qui créa à son profit l'action *tutelœ contraria*.

### *II. — Tutelle des femmes pubères.*

Tandis que la vieille loi romaine donne à l'homme *sui juris*, dès sa puberté, libre carrière dans le cercle de la vie civile,

Digitized by Google

elle écarte, au contraire, à l'origine, la femme pubère de la libre gestion de son patrimoine et l'assujettit à une tutelle perpétuelle. Il ne faudrait pas croire que la loi des Douze Tables, en organisant cette tutelle, ait eu en vue de protéger la femme contre sa faiblesse, sa légèreté ou son ignorance du droit, ainsi que le prétendent les jurisconsultes classiques. Cette mesure avait une portée sociale bien différente ; elle était dirigée contre la femme : d'abord, Rome ne voulait pas laisser à sa libre disposition des biens qui devaient être conservés au profit des parents civils ; ensuite, elle voulait, en enlevant à la femme la libre administration de sa fortune, lui ôter toute influence dans la vie sociale et civile.

La tutelle des femmes pubères se défère d'après les mêmes règles et dans le même ordre que celle des impubères. Le tuteur testamentaire est donné soit par le père, soit par le mari ; ce dernier est libre de donner un tuteur à sa femme *in manu* ou de lui laisser le droit de le choisir. La tutelle légitime est attribuée aux plus proches agnats pour l'ingénue non émancipée, au patron ou à ses descendants pour l'affranchie, encore que ces personnes soient physiquement incapables : dans ce dernier cas, le magistrat nommera un tuteur *ad hoc*, toutes les fois que *l'auctoritas* sera nécessaire. Cette délation de la tutelle aux incapables établit clairement que cette institution avait été, à l'origine, organisée dans l'intérêt du tuteur.

Le tuteur de la femme pubère ne procède que par voie *d'auctoritas* : il ne gère pas, il surveille seulement la gestion de la femme, qu'il habilite dans les actes de la vie civile. Il en résulte qu'il n'a point de comptes à rendre et qu'il n'existe aucune action de tutelle entre lui et la femme.

La femme peut faire seule sa condition meilleure et faire seule, sous certaines restrictions importantes, sa condition pire. Les actes qui nécessitent l'*auctoritas* sont : les *legis actiones*, l'aliénation des *res mancipi*, les affranchissements, les obligations, l'acceptilation, le mariage, la constitution de dot et l'adition d'hérédité.

En principe, le tuteur, le tuteur légitime surtout, pouvait refuser son *auctoritas* ; mais le magistrat avait qualité pour

Digitized by Google

l'obliger à la fournir, dans certains cas où cette formalité s'imposait.

Les causes d'extinction de la tutelle des femmes pubères sont les mêmes, sauf l'âge, que celles qui mettent fin à celle des impubères. Il convient d'y ajouter la *conventio in manum* et, sous Auguste, une maternité triple pour l'ingénue et une maternité quadruple pour l'affranchie. Ce dernier mode d'extinction devait profondément ébranler cette vieille institution, ridiculisée déjà au temps de Cicéron. « Nos ancêtres, disait-il, ont voulu mettre toutes les femmes en puissance de tuteur, et voilà que l'imagination des jurisconsultes a créé des tuteurs soumis au pouvoir des femmes. » Ce qui restait de cette institution disparut insensiblement après la suppression par la loi *Claudia* de la tutelle légitime des agnats. Il n'en est plus question sous les empereurs chrétiens.

### *III. — Curatelle.*

Le curateur a, comme le tuteur, la *tutelæ gestio* ou faculté d'administrer ; mais *l'auctoritas* est ici remplacée par le *consensus curatoris*, qui n'exige aucune forme et peut être donné même par lettre, avant ou après l'acte. En thèse générale, le curateur est désigné par le magistrat. La curatelle n'engendre pas d'actions spéciales ; on donne à l'incapable contre son curateur l'action *negotiorum gestorum directa utilis*, c'est-à-dire appliquée hors de son cadre habituel ; le mineur, le fou, le prodigue y jouissent d'un privilège, qui devient, sous Constantin, une hypothèque tacite, au moins pour le mineur. On donne au curateur l'action *negotiorum gestorum contraria utilis*.

Il y a trois sortes de curatelle : 1° celle des impubères ; 2° celle des mineurs de vingt-cinq ans ; 3° celle des fous, prodigues et faibles d'esprit.

*Curatelle des impubères.* — L'impubère *sui juris* reçoit un curateur quand son tuteur est inhabile à gérer, ou fait admettre une excuse provisoire, ou a, dans une affaire, un intérêt opposé au sien.

L'impubère *alieni juris* reçoit un curateur pour ceux de ses

Digitized by Google

biens dont le père de famille n'a pas l'administration : tels sont le pécule *castrense*, c'est-à-dire ce qu'il acquiert comme militaire, et le pécule *quasi-castrense*, c'est-à-dire les honoraires d'une fonction ou d'une profession libérale.

*Curatelle des adolescents ou mineurs de vingt-cinq ans.* — Dans l'ancien droit romain, la puberté équivalait à l'âge mûr, au point de vue de la capacité civile : l'homme à quatorze ans pouvait librement gérer son patrimoine. On voit le danger que lui faisait courir l'exercice de cette faculté : des gens sans scrupule ne craignaient pas d'abuser de son inexpérience des affaires. En présence de ces abus, on comprit qu'il était imprudent de confondre la puberté avec la maturité, et on chercha les mesures les plus propres à assurer la protection des mineurs jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans.

D'abord, une loi *Plætoria*, à laquelle Plaute fait allusion dans ses comédies, organisa contre l'auteur de manœuvres dolosives à l'égard d'un adolescent une poursuite criminelle ouverte à tous, *judicium publicum*, et entraînant l'infamie pour le condamné ; en outre, la victime du dol pouvait opposer, par voie d'exception, la nullité de son engagement ; enfin, pour ne pas enlever tout crédit au mineur, cette loi lui permettait de demander, aux fins d'assurer l'efficacité d'un acte juridique, la nomination d'un curateur spécial.

Plus tard, sur la fin de la République, les mineurs de vingt-cinq ans profitèrent, comme tout le monde, du remède prétorien de l'action et de l'exception de dol.

A la même époque, le préteur, se fondant sur ce que le mineur de vingt-cinq ans peut éprouver un préjudice à la suite d'un acte valable non entaché de dol, imagina à son profit la ressource suprême de la *restitutio in integrum ob ætatem* : cette mesure était destinée à remettre dans la situation antérieure à l'acte le mineur qui avait subi un dommage sérieux.

Enfin, Marc-Aurèle établit pour les mineurs de vingt-cinq ans une curatelle générale et, en principe, facultative pour les mineurs. Cette faculté fléchissait dans les trois cas suivants : 1° Le tuteur, en vue de la reddition de comptes, devait provoquer la nomination d'un curateur ; 2° Le tiers en procès

Digitized by Google

avec le mineur de vingt-cinq ans avait le droit d'exiger qu'un curateur fût nommé à ce dernier ; 3° Le débiteur du mineur, désireux de le désintéresser, pouvait user du même droit.

Jusqu'à Dioclétien, les mineurs de vingt-cinq ans, sans distinction entre ceux qui étaient pourvus d'un curateur et ceux qui n'en avaient pas, étaient capables de conclure toutes sortes d'actes juridiques, excepté les aliénations prohibées par le sénatus-consulte de Septime-Sévère élargi par Constantin, et sauf la faculté d'invoquer la *restitutio in integrum* contre tout acte qui leur portait préjudice. Dioclétien modifia cette législation illogique, en assimilant au pupille le mineur en curatelle qui, dès lors, ne put rendre sa condition pire que *consensu curatoris*.

L'empereur pouvait accorder au mineur, qui avait besoin de crédit, une dispense d'âge, *venia ætatis*, qui le relevait de l'incapacité créée par la curatelle. Cette espèce d'émancipation, dans le sens moderne du mot, l'assimilait à un majeur, sauf pour les aliénations immobilières.

*Curatelle des fous, prodigues et faibles d'esprit.* — La loi des Douze Tables donnait un curateur au *furiosus* et au *prodigus* pubères et *sui juris* : elle entendait par *furiosus* la personne atteinte d'accès intermittents de folie, et par *prodigus* celle qui dissipait la succession *ab intestat* de ses ascendants paternels. Cette curatelle légitime était déférée à l'agnat le plus proche, en l'absence d'agnats, aux *gentiles*, et, à défaut de ces derniers, elle cessait. Le législateur, on le voit, se préoccupait, non de protéger le fou ou le prodigue, mais de conserver ses biens dans la famille agnate. Le prodigue ne tombait en curatelle qu'après une sentence d'interdiction rendue par le magistrat.

Le préteur vint élargir cette législation étroite : il considéra comme prodigue quiconque gaspillait sa fortune et assimila aux fous par accès les faibles d'esprit, *mente capti*, les sourds, les muets, et, en général, tous ceux qu'une infirmité permanente empêche de gérer leur patrimoine, *qui perpetuo morbo laborant*. Dans tous ces cas, le curateur était nommé par le préteur ; par respect pour la loi des Douze Tables, la curatelle légitime fut maintenue pour le *furiosus* et le *prodigus*, dans l'acception ancienne de ces mots.

Digitized by Google

Les actes juridiques accomplis par le fou, dans ses moments de démence, sont frappés d'une nullité radicale ; il en est de même de ceux conclus par le faible d'esprit. Mais, ces actes seraient valables, si, au moment où ils ont été accomplis, le fou jouissait de l'intégrité de ses facultés mentales et le faible d'esprit d'un retour, même momentané, de la raison. Ce système devait faire naître de nombreuses difficultés dans la pratique. Le Code civil a été mieux inspiré, en établissant une présomption légale de démence qui rend nuls de plein droit tous les actes accomplis par l'aliéné seul postérieurement à son interdiction.

Le curateur du fou ou faible d'esprit ne peut agir que par voie de *tutelæ gestio*. Celui du prodigue peut gérer ou se borner à assister l'interdit. Le prodigue peut rendre seul sa condition meilleure ; il ne peut la rendre pire que *consensu curatoris*.

Il peut être mis fin à cette curatelle par une décision judiciaire constatant la guérison ou l'amendement de l'interdit.

### *IV. — Règles communes à la tutelle et à la curatelle.*

*Garanties accordées aux incapables.* — Ces garanties générales sont au nombre de trois : 1° l'obligation pour le tuteur ou curateur de faire inventaire ; 2° celle de fournir caution ; 3° la possibilité pour l'incapable lésé d'être remis dans la situation qui était la sienne avant l'acte qui lui a porté préjudice.

En premier lieu, le tuteur ou curateur, avant d'entrer en fonction et chaque fois qu'une succession échoit à l'incapable, doit dresser un inventaire en présence de tabellions. A défaut de cette mesure de prudence, l'estimation des biens serait faite par le juge en cas de simple négligence, et par le serment de l'incapable en cas de dol.

En second lieu, le tuteur ou curateur promet de veiller aux intérêts de l'incapable, *rem salvam fore*, et sa promesse doit être garantie par un ou plusieurs fidéjusseurs. Le tuteur ou curateur peut être dispensé de fournir cette caution. Le fidéjusseur promet soit à l'incapable, s'il est présent ou peut parler, soit à son esclave ou à un esclave public, soit à un tiers

Digitized by Google

désigné par le magistrat ou au magistrat lui-même. On finit par admettre que la promesse du fidéjusseur serait tenue pour efficace par la seule inscription de son nom sur le registre des actes publics. Cet engagement auxiliaire engendre au profit de l'incapable l'action *ex stipulatu* contre le fidéjusseur. Si les magistrats municipaux avaient omis d'exiger des fidéjusseurs ou en avaient accepté d'insolvables, l'incapable avait contre eux, depuis Trajan, une action *subsidiaire*, qui ne pouvait être exercée qu'après discussion du tuteur ou curateur et de la caution.

Enfin, la *restitutio in integrum*, qui avait été imaginée en faveur du mineur de vingt-cinq ans, fut étendue au pupille. La demande à fin de restitution peut être adressée au préteur pendant la minorité et l'année qui suit la majorité, à l'époque classique, pendant les quatre ans qui suivent la majorité, sous Justinien. Elle exige deux conditions : 1° une lésion dans un acte valable ; 2° l'absence de toute autre voie de recours.

La lésion consiste soit dans un acte qui appauvrit le mineur, tel qu'une aliénation, soit dans un acte qui lui fait manquer un gain, tel que la répudiation d'une hérédité avantageuse, soit dans une omission dommageable, telle que l'oubli d'interrompre une usucapion. Mais le mineur n'est point restituable pour cause de lésion contre les conséquences de son délit ou quasi-délit, ni contre les dommages minimes ou résultant de cas fortuits : car, la restitution a pour but de réparer les imprudences ou omissions sérieuses et de bonne foi du mineur. De la nécessité d'une lésion est né l'adage « *minor restituitur, non tanquam minor sed tanquam læsus.* »

En outre, la restitution est un remède suprême et, comme telle, ne peut être exercée qu'à défaut de tout autre moyen de recours.

Une fois prononcée par le préteur, la restitution replace chacune des parties dans sa situation antérieure à l'acte. Si le mineur avait reçu, en retour de son engagement, un équivalent quelconque, il devrait le restituer dans la mesure de son enrichissement.

*Causes d'incapacité ou d'excuse.* — L'incapacité est l'inapti-

Digitized by Google

tude légale à être investi de la tutelle ou curatelle. L'excuse est une considération de fait invoquée par une personne capable pour se soustraire à l'une de ces deux charges.

Sont incapables, dans le droit classique : 1° les pérégrins ; 2° les esclaves ; 3° les impubères, les sourds, les muets, sauf pour les tutelles légitimes ; 4° les femmes. Justinien lève l'incapacité en ce qui concerne la mère et la grand-mère, et ajoute au nombre des incapables les mineurs de vingt-cinq ans, les militaires, les évêques et les moines.

Les causes d'excuses les plus importantes sont : la paternité triple à Rome, quadruple en Italie, quintuple en province, certaines fonctions, l'absence pour cause de services publics, la gestion de trois tutelles, le grand âge, l'infirmité, la pauvreté, l'ignorance. Les excuses doivent être proposées au magistrat dans le délai de cinquante jours à partir de celui où le tuteur ou curateur a connu sa vocation.

*Causes d'exclusion ou de destitution.* — Ces causes, fondées uniquement sur l'intérêt de l'incapable, résident dans les mêmes faits : fraude ou négligence grossière du tuteur ou curateur ; mais l'exclusion se prononce avant l'entrée en fonction, tandis que la destitution frappe le tuteur ou curateur en cours d'exercice.

L'action à fin d'obtenir l'exclusion ou la destitution est le *crimen suspecti*, qui date des Douze Tables : c'est une poursuite ouverte à tous, même aux femmes honorables. Toutefois, le pupille ne peut l'exercer contre son tuteur ; le mineur de vingt-cinq ans n'a le droit d'accuser son curateur que sur l'avis d'un conseil de famille. Le *crimen suspecti* entre dans les obligations du cotuteur. Le magistrat pourrait même statuer d'office.

Le *crimen suspecti* appartenait à la procédure extraordinaire, et le magistrat statuait lui-même sans renvoyer l'affaire devant un juge. Le tuteur ou curateur condamné encourait l'infamie et des peines corporelles.

Digitized by Google

## CHAPITRE IV

### EXTINCTION OU TRANSFORMATION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

On entend par *capitis deminutio* la perte totale ou partielle de l'état juridique d'une personne. Elle n'aboutit pas nécessairement à une déchéance, car les éléments perdus de la personnalité peuvent être aussitôt remplacés d'une manière, sinon plus avantageuse, du moins équivalente.

On distingue trois degrés dans la *capitis deminutio* : elle est *maxima*, *media* ou *minima*, suivant qu'elle est l'effet de la perte de la liberté, de la cité ou de la famille.

La *maxima capitis deminutio* résulte de la perte de la liberté : elle entraîne l'anéantissement de la personnalité. Elle est commune aux Romains et aux pérégrins.

La *media capitis deminutio* résulte de la perte de la cité, à la suite soit d'une condamnation pénale, soit d'une expatriation volontaire. Elle entraine la perte du *status familiæ*, mais ne touche pas à la liberté. Elle atteint également les Romains et les pérégrins.

La *minima capitis deminutio* résulte de tout changement de famille, en dehors de la perte de la liberté ou de la cité. On change de famille par adoption, adrogation, émancipation, mancipation, légitimation, constitution de la *manus*. La *minima capitis deminutio* reste propre aux Romains, qui seuls ont le *status familiæ*.

La *capitis deminutio*, quelle que soit sa cause, reste sans influence sur les droits publics ; c'est uniquement la perte de la cité qui les éteint.

Par contre, elle a, au point de vue des droits privés, des conséquences très importantes fondées sur cette idée qu'elle anéantit ou modifie la personnalité juridique. En principe,

Digitized by Google

elle éteint les droits qui dérivent de la loi et laisse subsister ceux qui découlent de la nature plutôt que de la loi.

Ainsi, dans le droit classique, la *capitis deminutio* anéantit : 1° l'agnation et la *gentilitas*, et avec elles la puissance paternelle, la tutelle légitime, les droits héréditaires du *jus civile* ; 2° les droits attachés à la personne, tels que les *jura patronatûs*, l'usufruit, l'usage, la créance d'un associé, la créance née de l'*adstipulatio* ; 3° le testament et les dettes contractuelles ; 4° le droit déduit dans un *judicium legitimum*.

La *capitis deminutio* laisse subsister : 1° la cognation ; 2° les obligations naturelles et celles qui n'engendrent qu'une action *in factum* ; 3° le *judicium imperio continens* ; 4° les *operæ servorum* ; 5° le *jus habitationis*.

Dans le droit de Justinien, l'usufruit, la société, le testament, les dettes ne sont plus anéantis par l'effet de la *capitis deminutio*. Après la suppression de la famille civile par la Novelle 118, la perte de l'agnation devint impossible, et il ne reste peut-être plus des anciennes conséquences de la *minima capitis deminutio* que l'extinction des *jura patronatûs*.

---

Digitized by Google

Digitized by Google

# DEUXIÈME PARTIE

## DES BIENS

### NOTIONS PRÉLIMINAIRES

#### *1. — Division des choses.*

On entend par *res* toute chose, corporelle ou incorporelle, mobilière ou immobilière, susceptible de faire l'objet d'un droit.

**Res corporales ou incorporales.**— Les *res corporales* sont les choses visibles ou palpables. Les *res incorporales* sont celles qui échappent à nos sens et ne sont perçues que par l'intelligence : au point de vue juridique, ce sont les droits pécuniairement appréciables : tels sont l'usufruit, l'usage, les servitudes prédiales, les créances et les hérédités. On remarquera que la propriété, droit susceptible d'une appréciation pécuniaire, n'est pas comprise parmi les *res incorporales*. Cette anomalie juridique provient d'une habitude invétérée de langage. Pour exprimer son droit, le propriétaire dit : c'est ma maison, tandis que l'usufruitier est obligé de dire : J'ai un droit d'usufruit sur cette maison. Ainsi la propriété s'incorpore avec son objet : le droit est confondu avec la chose qui en est frappée. Il résulte de cette fausse conception que la possession juridique, qui est le fait d'avoir physiquement une chose à sa disposition, s'applique seulement à la propriété, et non aux *res incorporales*.

**Meubles ou immeubles.** – Les *res se moventes* ou *mobiles* sont les choses qui peuvent se mouvoir par elles-mêmes ou être mûes par une force extérieure.

Les choses immobilières corporelles sont celles auxquelles

Digitized by Google

la nature ou la main de l'homme ont imprimé une assiette fixe. Ce sont : 1° les immeubles par nature : fonds de terre ; 2° les immeubles par incorporation organique ou artificielle : arbres, maison ; 3° les immeubles par destination, ou objets mobiliers attachés à un immeuble pour son service ou son exploitation : clefs d'une maison, animaux attachés à la culture d'un fonds.

Les choses incorporelles ou droits sont considérées comme mobilières ou immobilières, suivant la nature des objets sur lesquels elles portent.

Les *prædia* ou immeubles par nature ou incorporation, se subdivisent : 1° En *prædia urbana* et *prædia rustica*. Ces qualifications n'ont pas un sens uniforme : tantôt les *prædia urbana* sont les immeubles situés en ville et *prædia rustica* ceux situés à la campagne ; c'est dans ce sens qu'emploie ces expressions le sénatus-consulte de Septime-Sévère ; tantôt les *prædia urbana* désignent les immeubles bâtis et *prædia rustica* les fonds non bâtis, qu'ils soient situés à la ville ou à la campagne ; ce second sens est usité dans la théorie des servitudes.

2° En fonds italiques et provinciaux. Les fonds italiques sont les immeubles situés en Italie ou dans les pays jouissant du *jus italicum* : ils sont seuls susceptibles de propriété quiritaire et de servitudes prédiales. Les fonds provinciaux sont ceux qui ne bénéficient pas du *jus italicum* : la propriété quiritaire et les servitudes prédiales leur sont inapplicables. Le peuple romain ou l'Empereur en a la propriété théorique, et les habitants n'ont qu'un droit de possession et de jouissance, en retour duquel ils paient un impôt.

La division des choses en meubles et immeubles n'a pas, à Rome, l'importance juridique que lui ont donnée nos législations modernes. Toutefois, son intérêt pratique apparait, notamment, dans les théories de la possession, de l'occupation, de la mancipation, de l'usucapion, de la dot, du gage, du *furtum* et des interdits.

**Res in commercio ou extra commercium**. — Les choses dans le commerce sont celles qui peuvent faire l'objet d'un droit réel ou de créance ; les choses hors du commerce celles qui ne sont pas susceptibles d'une appropriation privée.

Digitized by Google

Les choses hors du commerce sont : 1° les *res communes* ; 2° certaines *res publicœ* ; 3° certaines *res universitatis* ; 4° les *res nullius* ou *divini juris*.

*Res communes.* — Les *res communes* sont celles qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'un droit exclusif, mais dont l'usage est à la disposition de tous. Ce sont l'air, l'eau courante, la mer et le rivage de la mer. L'eau dormante est susceptible d'appropriation privée. De ce que la mer est une *res communis*, il résulte que tout le monde a le droit d'y naviguer et d'y pêcher, et que l'île qui se forme dans son sein, *insula in mari nata*, n'appartenant à personne, deviendra la propriété du premier occupant. Le rivage de la mer, c'est la portion de côte que couvrent les plus hautes marées, *quatenùs hibernus fluctus maximus excurrit*. De ce que le rivage échappe à toute appropriation individuelle et a le caractère de *res communis*, on conclut que tout le monde peut s'y promener, y sécher ses filets, y amarrer un bâteau et y établir des cabanes mobiles. Mais des nécessités d'un ordre général et les besoins de la navigation font obstacle à l'édification de constructions sur le rivage : cet obstacle pourra être levé par le magistrat, qui devra, autant que possible, concilier les nécessités de la navigation avec les intérêts privés. Le constructeur non autorisé serait passible d'un *interdictum* de la part de toute personne intéressée : le magistrat pourrait le condamner au paiement d'une redevance annuelle ou à la démolition avec dommages-intérêts.

*Res publicæ.*.— Sont hors du commerce, et, comme telles, inaliénables et imprescriptibles, les *res publciæ* qui forment le domaine public de l'Etat ; leur caractère est d'être affectées à un usage public : telles sont les routes, les rues, les places, les forteresses, les fleuves et les ports.

Les routes publiques comprennent : 1° les routes nationales, construites aux frais du trésor public ; 2° les chemins vicinaux, construits au moyen de journées de prestation ; 3° les chemins ruraux, construits aux frais des particuliers.

Les fleuves ne font partie du domaine public qu'autant qu'ils coulent sans intermittence, *flumina perennia* : en sont donc ex-

Digitized by Google

clus les torrents. Le droit français s'attache, au contraire, pour déterminer le caractère public des cours d'eau, à la navigabilité ou la flottabilité. D'ailleurs, le fleuve n'est une *res publica* que dans sa forme complexe; l'eau est commune en sa qualité d'*aqua profluens*, et le lit est susceptible de propriété privée. Les rives du fleuve sont la propriété des riverains, sous la réserve par eux de laisser un chemin de halage pour les besoins de la navigation. Les ruisseaux appartiennent également aux riverains.

Les *res publicæ* étaient protégées par une *actio injuriarum* et des interdits au service des particuliers; en outre, le magistrat avait le droit d'ordonner la destruction de l'ouvrage édifié sur un lieu public ou de soumettre le contrevenant à une redevance annuelle, *solarium*.

Il ne faut pas confondre ces *res publicæ* avec celles du domaine privé de l'Etat, lequel se composait des terres conquises, des successions vacantes, des biens confisqués. L'Etat, comme personne morale, pouvait disposer de ces biens, au même titre qu'un particulier.

*Res universitatis.* — L'*universitas* est une personne morale formée par une association de personnes physiques : elle ne pouvait exister juridiquement sans une reconnaissance du pouvoir législatif. Etaient des *universitates*, notamment, les cités, les municipes, les corporations de prêtres, de publicains, les *collegia opificum* ou corps de métiers.

Les cités ou municipes avaient un domaine public et un domaine privé : étaient hors du commerce les biens du domaine public, tels que stades, théâtres, bains. Peut-être, les biens des autres *universitates* comportaient-ils la même distinction, suivant qu'ils étaient ou non affectés aux besoins de la collectivité.

*Res nullius* ou *divini juris.* — Les *res nullius ou divini juris*, par opposition aux *res humani juris*, sont les *res sacræ*, les *res religiosæ* et les *res sanctæ*

Les *res sacræ* sont, sous le paganisme, les choses consacrées aux dieux d'en haut, *diis superis*, par les pontifes, sous le christianisme, celles consacrées à Dieu par les évêques. Leur vio-

Digitized by Google

lation constitue le crime de sacrilège. Elles sont hors du commerce. Toutefois, Justinien permet l'aliénation des meubles sacrés, notamment, pour racheter les captifs et nourrir les pauvres en temps de famine. Les *res sacræ* conservent à perpétuité ce caractère auguste : ainsi un temple ruiné ne deviendra point profane. L'*exauguratio*, cérémonie inverse de la *dedicatio*, peut seule produire ce résultat. Ajoutons que l'invasion ennemie, qui est censée éloigner les dieux nationaux d'un lieu désormais profané, fait disparaître provisoirement le caractère sacré.

Les *res religiosæ* sont les choses consacrées aux dieux d'en-bas, *diis inferis*, ou dieux mânes ; en d'autres termes, toutes les choses vouées au culte des morts. Pour que le caractère religieux soit imprimé à une sépulture, quatre conditions sont nécessaires : 1° Le terrain doit être légalement propre à l'inhumation : or, la loi des Douze Tables défendait rigoureusement d'enterrer un mort dans l'intérieur de la cité ; cette prohibition était inspirée non point par un motif de salubrité publique, mais par un préjugé religieux : on ne voulait pas que le culte des dieux nationaux fût souillé par la présence d'une sépulture, *ne funestâret sacra* ; 2° l'inhumation ne doit être faite au mépris d'aucun droit réel ; 3° la sépulture doit contenir des restes humains, corps ou cendres ; un cénotaphe, *tumulus inanis*, ne serait donc pas religieux ; 4° l'inhumation doit être faite à perpétuité. Le caractère religieux disparaît, soit momentanément, par l'occupation ennemie, soit pour toujours, par l'exhumation autorisée par le magistrat. Les *res religiosæ* sont hors du commerce. Toutefois, elles peuvent faire l'objet d'un véritable droit privé, le *jus sepulcri*, qui est transmissible aux héritiers ou même à tous les membres de la famille et peut appartenir par indivis à plusieurs ayant-droit. Les Romains ont toujours eu un grand respect pour les tombeaux : la violation des *res religiosæ* était poursuivie par une *actio popularis de sepulcro violato*, qui entraînait une peine pécuniaire et l'infamie.

Les *res sanctæ* sont les choses consacrées par une cérémonie religieuse, mais en dehors de tout hommage rendu à une di-



Digitized by Google

vinité spéciale : telles sont les remparts, les portes de villes et les bornes des champs. Aux origines de Rome, la fondation des cités était soumise à des solennités pieuses, qui avaient pour objet d'en tracer l'enceinte et de permettre aux dieux nationaux d'y venir fixer leur séjour. Chaque année, la cérémonie était renouvelée. C'est à cette vieille tradition que remontait la fête des murs, *amburbalia*.

Quels motifs avaient déterminé les Romains à rendre insusceptibles de propriété privée les *res divini juris* qui, dans le droit moderne, appartiennent à l'Etat, à la commune ou à la fabrique ? La meilleure raison qu'on en puisse donner, c'est que les Romains, peuple essentiellement religieux, surtout à l'origine, avaient voulu, en enlevant au domaine de l'homme, pour les faire rentrer dans celui de la divinité, les objets consacrés au culte, relever l'autorité du culte et protéger ses emblèmes contre toute injure ou profanation.

**Res mancipi et nec mancipi.** — Cette importante classification des choses remonte à la loi des Douze Tables ; elle a un caractère purement romain. Les *res mancipi* forment l'exception, les *res nec mancipi* la règle. Les *res mancipi* sont : 1° les fonds italiques ; 2° les servitudes prédiales rurales ; 3° les esclaves ; 4° les bêtes de trait ou de somme, *animalia collo dorsove domantur*, c'est-à-dire les bœufs, les chevaux, les mulets et les ânes. Toutes les autres choses sont *nec mancipi* : *cœteræ res nec mancipi sunt*. L'intérêt primordial de cette distinction, c'est que les *res mancipi*, entourées par la loi d'une protection spéciale, sont insusceptibles de tradition, mode d'acquérir du droit des gens, mais susceptibles de tous les modes du droit civil, dont le principal est la mancipation, tandis que les *res nec mancipi* sont insusceptibles de mancipation, mais susceptibles de tous les autres modes d'acquérir, même de tradition. Quelle était la raison d'être de cette classification ? Il ressort clairement de l'énumération des *res mancipi* que cette classe comprenait les choses les plus appréciées par un peuple primitif adonné à l'agriculture : on conçoit, dès lors, que la loi ait entouré leur aliénation de solennités spéciales, afin de la rendre à la fois plus difficile. plus frappante, plus rare. Mais, à mesure que la civilisation se répandait davantage, ces règles

Digitized by Google

de protection à l'égard des *res mancipi* devinrent une entrave pour les transactions. Aussi les préteurs, quoique respectueux de cette antique division, n'hésitèrent-ils pas à admettre que la tradition d'une *res mancipi* transfèrerait la propriété bonitaire. Les mêmes motifs expliquent pourquoi les Romains, après que les conquêtes de l'Asie et de l'Afrique leur eurent procuré des éléphants et des chameaux, ne firent point rentrer ces bêtes de somme ou de trait dans la classe des *res mancipi*. Cette classification artificielle tomba peu à peu en désuétude ; Justinien lui porta le dernier coup en la supprimant expressément.

### *II. — Division des droits.*

Un droit, c'est un rapport créé par un fait juridique entre une personne capable et une chose ou une autre personne. On divise les droits en droits réels et droits de créance. Le droit réels, *jus in re*, est celui qui porte directement et sans intermédiaire sur une chose déterminée. Le droit de créance, *jus ad rem*, est celui qui tend à une chose déterminée par l'intermédiaire d'une personne obligée. Les différences fondamentales entre ces deux classes de droit sont :

1° Le droit réel est un rapport à deux termes : sujet et objet ; le droit de créance est un rapport à trois termes : sujet actif ou créancier, sujet passif ou débiteur, et objet dû.

2° Le droit réel est *absolu*, en ce sens que le titulaire peut en poursuivre l'exercice contre tout détenteur de la chose : c'est le droit de suite. Le droit de créance est *relatif*, en ce sens que le créancier ne peut en poursuivre l'exercice que contre le débiteur.

3° Sur une même chose, le droit réel le plus ancien prime les droits réels postérieurs, suivant la règle *prior tempore, potior jure* : c'est le droit de préférence. Au contraire, sur un même débiteur, le droit de créance le plus ancien n'engendre, par lui-même, aucune préférence sur les droits de créance postérieurs.

L'ensemble des droits réels et de créance, tant actifs que passifs, d'une personne, forme son patrimoine.

Digitized by Google

# TITRE PREMIER

## DROITS RÉELS

Les droits réels sont *civils* ou *prétoriens*. Les droits réels établis par le droit civil sont la propriété quiritaire et les servitudes. Les droits réels établis par le préteur sont la propriété bonitaire, la superficie, l'emphytéose et l'hypothèque.

## CHAPITRE PREMIER.

### Propriété quiritaire

#### *I. — Caractères généraux.*

La propriété quiritaire, *dominium ex jure Quiritium*, la seule reconnue à l'origine, a été définie par les commentateurs : *plena in re corporali potestas, quatenùs juris ratio patitur*. On peut rapprocher de cette définition celle du Code civil : le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements.

Ce droit absolu et exclusif comprend trois éléments : le *jus utendi* ou droit de se servir de la chose, le *jus fruendi* ou droit d'en percevoir les fruits naturels, industriels ou civils, et le *jus abutendi* ou droit de disposer souverainement de la chose.

Ces prémisses nous conduisent à reconnaître à la propriété trois caractères juridiques : elle est *absolue*, *exclusive* et *perpétuelle*.

Elle est *absolue*, en ce sens que le propriétaire a la libre faculté soit de la transmettre entre vifs ou par testament,

Digitized by Google

soit de l'améliorer, de la transformer ou de la détruire, alors même que l'exercice de cette faculté préjudicierait indirectement aux intérêts d'autrui, suivant l'adage *neminem lædit qui jure suo utitur*. Toutefois, des nécessités sociales ont fait apporter quelques restrictions à ce caractère : 1° l'expropriation pour cause d'utilité publique, moyennant une juste indemnité ; 2° certaines servitudes légales, telles que l'assujettissement des fonds inférieurs envers les fonds supérieurs à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, la nécessité de conserver les distances prescrites par les règlements entre les constructions et plantations et le fonds voisin, l'obligation de concéder moyennant indemnité un passage au voisin dont les fonds sont enclavés.

Elle est *exclusive*, en ce sens que celui qui a la pleine propriété ou les divers titulaires de ses éléments distincts, pris en masse, exercent la propriété à l'exclusion de toute autre personne.

Elle est *perpétuelle*, en ce sens qu'elle dure aussi longtemps que la chose elle-même. Les jurisconsultes en avaient déduit deux conséquences rigoureuses : 1° la propriété ne pouvait être transférée *ad tempus* ; 2° l'intention seule du propriétaire, sans un fait matériel d'aliénation ou d'abandon, ne suffisait pas pour faire perdre la propriété.

### *II. — De l'exercice du droit de propriété, ou de la possession.*

*Caractères juridiques.* — La possession, *justa possessio*, est le fait d'avoir physiquement une chose à sa disposition, accompagné de l'intention de traiter la chose comme sienne. Elle se compose donc de deux éléments, l'un matériel, *corpus*, l'autre moral, *animus domini*.

La possession se distingue par là de la simple détention, laquelle n'est pas accompagnée de la volonté de traiter la chose comme sienne : tel est le cas, notamment, du locataire ou du dépositaire.

La *justa possessio* a le triple avantage d'attribuer au possesseur le rôle de défendeur dans tout procès sur la chose, de lui permettre, au moyen des actions possessoires, de la conserver



Digitized by Google

ou de la reprendre, et, sous certaines conditions, de faire acquérir la propriété.

En droit romain, la possession ne correspondant qu'à la propriété, les choses qui ne sont pas susceptibles de propriété, telles que les *res incorporales*, servitudes, créances, hérédités, ne peuvent faire l'objet d'une véritable possession. Mais, la législation prétorienne combla cette lacune en créant une quasi-possession pour les servitudes. Le Code civil définit aujourd'hui la possession : la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit.

*Acquisition de la possession.* — La possession s'acquiert par la réunion du *corpus* et de *l'animus*.

Le *corpus*, c'est la détention matérielle de la chose, le fait de l'avoir à sa disposition, le pouvoir de la traiter comme sienne, sans qu'il soit nécessaire de la toucher ou de la voir. Ainsi, une fois nanti de la clé de l'appartement où se trouvent les objets que j'ai achetés, je les possède aussi bien que si je les avais en main. Au contraire, je ne suis possesseur ni des poissons de mon étang, ni du gibier de ma forêt, parceque je ne les ai pas à ma libre disposition.

L'*animus* réside dans la volonté nette de traiter la chose en maître. Le voleur est possesseur, puisqu'il a cet *animus*. L'*animus* doit coexister *ab initio* avec le *corpus* ; joint postérieurement au *corpus*, il serait insuffisant à créer la possession, suivant la règle que *nul ne peut se changer la cause de sa possession* : ainsi tous ceux qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent, en manifestant l'intention de se comporter désormais en maître, transformer leur détention en possession. Il en serait autrement, si le titre de leur détention se trouvait interverti soit par la contradiction qu'ils auraient opposée au droit du propriétaire, soit par un acte translatif de propriété émané d'un tiers.

De ce que l'*animus* consiste dans la volonté, il découle : 1° que les personnes incapables de vouloir ne peuvent par elles-mêmes acquérir une possession ; 2° que la possession ne porte que sur ce qu'on a conscience de posséder : ainsi le possesseur d'un fonds ne possède pas le trésor qui s'y trouve caché à son insu.

Digitized by Google

On peut se faire représenter par autrui pour le *corpus*, pourvu qu'on ait soi-même l'*animus* : ainsi, si, par mon ordre ou seulement à ma connaissance, une personne quelconque, agissant pour mon compte, appréhende physiquement une chose, je suis censé l'appréhender moi-même, et je deviens possesseur.

Mais on ne peut pas être représenté pour l'*animus* : ainsi, si, sans mon ordre ou seulement à mon insu, une personne quelconque, agissant pour mon compte, appréhende physiquement une chose, je ne la possède pas.

La règle qu'on ne devient pas possesseur *animo alieno,* par son excès de logique, était gênante dans la pratique ; il y fut apporté deux dérogations : 1° pour le pécule : les personnes en puissance acquièrent au chef de famille, même à son insu, la possession de tout ce qu'elles appréhendent à raison de l'administration du pécule qui leur a été confié ; 2° pour le mandat conventionnel ou légal : le mandataire acquiert au mandant, l'administrateur à la cité, le tuteur ou curateur aux incapables, indépendamment de toute connaissance par les représentés du fait matériel de l'appréhension, la possession de tout ce qu'ils appréhendent dans l'exercice de leur mission ou administration. Dans ces deux cas exceptionnels, le représenté est censé, par une fiction légale, emprunter l'*animus* du représentant qui appréhende : cette fiction se justifie par ce motif qu'on ne pouvait pas raisonnablement contraindre le représenté à s'enquérir à chaque instant de chacun des actes de son représentant.

*Conservation et perte de la possession.* — La possession acquise se continue par le maintien simultané de ses deux éléments ; mais l'*animus domini* est censé subsister tant qu'un *animus* contraire ne lui est pas substitué, et la renonciation à l'*animus* n'est valable qu'autant qu'elle émane d'un possesseur qui peut rendre sa condition pire. En outre, le propriétaire qui ne détient pas la chose en conserve la possession en prenant un mandataire ou fermier, qui la détiendra pour son compte. Une absence momentanée ou un oubli ne saurait faire perdre la possession.

Digitized by Google

La possession se perd par la disparition de l'un de ses éléments essentiels : tels sont les cas d'abdication du *corpus* et de l'*animus* par l'abandon ou la tradition de la chose, et de la suppression du *corpus* par la chute du meuble dans la mer ou l'inondation définitive de l'immeuble.

Il y a trois cas où la possession se conserve par le maintien de l'*animus* seul, malgré la perte du *corpus* : 1° l'esclave abandonné par celui qui le détenait pour le compte du *dominus* reste en la possession de son maître, tant qu'il conserve l'esprit de retour ; 2° l'immeuble délaissé définitivement par le fermier ou tout autre détenteur n'en reste pas moins en la possession du propriétaire, qui ne peut la perdre que par une occupation étrangère, faite même à son insu ; 3° l'immeuble délaissé provisoirement par le fermier ou tout autre détenteur demeure en la possession du propriétaire, qui ne peut la perdre que le jour où, connaissant l'usurpation étrangère, il ne proteste pas ou a échoué dans sa protestation.

### *III. — Acquisition de la propriété quiritaire.*

Trois conditions sont exigées pour faire acquérir la propriété : 1° Il faut une chose susceptible du droit de propriété ; 2° Il faut une personne capable d'acquérir la propriété ; 3° Il faut un acte légal d'acquisition ou mode d'acquérir consacré par la loi. A la différence de notre droit moderne, la convention seule a toujours été considérée par la loi romaine comme inefficace à transférer la propriété.

Les modes d'acquérir sont à titre universel, quand ils transfèrent tout ou partie du patrimoine d'une personne vivante ou morte, et à titre particulier, quand ils procurent l'acquisition d'une ou plusieurs choses individuellement déterminées avec les droits réels qui s'y rattachent.

Les modes d'acquérir à titre particulier sont au nombre de sept : l'*occupation*, la *tradition*, l'*adjudication*, la *mancipation*, l'*in jure cessio*, la *lex*, l'*usucapion*.

L'occupation est le mode dit *originaire*, en ce sens qu'elle porte sur des choses dépourvues d'un maître et donne la propriété franche et quitte. Les six autres modes sont dits *dérivés*.

Digitized by Google

L'occupation et la tradition sont des modes du droit des gens, en ce sens qu'ils sont accessibles indifféremment aux citoyens et aux pérégrins. L'adjudication, la mancipation, l'*in jure cessio*, la *lex* et l'usucapion sont des modes du droit civil et, comme tels, ne peuvent être employées que par les personnes jouissant du *jus commercii*. Du reste, modes du droit des gens et modes du droit civil font acquérir également le domaine quiritaire. Cette division perdit son importance après la constitution de Caracalla.

### Section. I — Occupation.

L'occupation est la prise de possession *animo domini* d'une chose dans le commerce et sans maître.

Voici les principaux cas :

1° L'animal sauvage n'est acquis, vivant ou mort, que par l'appréhension ou la capture. Ainsi, le gibier blessé n'appartient au chasseur et le poisson au pêcheur que par l'appréhension, suivant l'adage *inter os atque offam multa intervenire possunt*.

Si, après avoir été pris, l'animal sauvage recouvrait définitivement, par la fuite, sa liberté naturelle, il redeviendrait une chose sans maître et, par une sorte de *postliminium*, tous les effets du droit de propriété qu'il a subi se trouvent rétroactivement effacés. Si sa disparition n'est pas définitive, et s'il est de ceux qui s'en vont et reviennent, comme les abeilles, les pigeons, les paons, il reste la propriété du maître tant qu'il conserve l'esprit de retour, c'est-à-dire l'habitude de rentrer au gîte accoutumé.

2° L'occupation fait acquérir les îles qui se forment dans le sein de la mer, les coquillages, perles, pierres précieuses et autres choses qui se trouvent sur le bord de la mer, *quæ in littore inveniuntur*.

3° Le trésor que trouve un propriétaire sur son propre fonds lui appartient par droit d'occupation. Si le trésor est découvert dans le fonds d'autrui sans fouilles intentionnelles, il appartient pour moitié à l'inventeur par droit d'occupation, et pour moitié au propriétaire du fonds, en vertu d'une attri-

Digitized by Google

bution de la loi, qui se fonde sur la présomption que le dépôt est l'œuvre de ses ancêtres. Si l'inventeur avait fait des recherches sur le terrain d'autrui, il perdrait ses droits au trésor. Le trésor peut être défini : toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, *cujus non extat memoria*, et qui est découverte par le pur effet du hasard.

4o L'occupation fait acquérir le butin pris sur l'ennemi, *occupatio bellica*. Si l'occupation porte ici sur des choses qui, en réalité, ne sont pas sans maître, c'est que, d'après les Romains, la propriété des ennemis n'a aucune valeur juridique ; aussi Paul assimile-t-il le butin aux objets trouvés sur le rivage.

Le butin est mobilier ou immobilier. Le butin mobilier fait par une armée régulière appartient au peuple romain par droit de conquête ; les soldats s'engageaient par serment, lors de l'enrôlement, à remettre au consul tous les objets de valeur qu'ils auraient pris ou trouvés. Le butin mobilier fait dans un combat singulier par un soldat agissant spontanément lui est acquis.

Les immeubles conquis appartiennent au peuple romain, qui ordinairement en dispose partiellement au profit des populations vaincues, en fait vendre une partie aux enchères, en fait des concessions aux vétérans et garde l'excédent dans son domaine privé.

Si l'ennemi reprend les choses capturées, la propriété des Romains se trouve rétroactivement effacée en vertu du *postliminium*.

## Section II. — Tradition.

La seule volonté des parties, sans un fait extérieur qui la rende notoire, est insuffisante à transférer la propriété : *traditionibus et usucapionibus dominia rerum transferuntur, non nudis pactis*. De ces faits extérieurs ou modes d'acquérir dérivés, le plus usuel et le plus souple est la tradition. Elle consiste dans la remise matérielle d'une chose avec l'intention d'en transférer la propriété à une personne qui a l'intention de

Digitized by Google

l'acquérir. Une simple remise matérielle, *nuda traditio*, ne transfèrerait qu'une simple détention, comme dans le cas de louage, ou la possession, comme dans le cas de gage.

*Conditions requises pour que la tradition soit translative de propriété.* — Ces conditions sont au nombre de six :

1° Il faut que le *tradens* soit propriétaire de ce qu'il livre ;

2° Il faut qu'il puisse rendre sa condition pire ;

3° Il faut que l'*accipiens* ait la capacité d'acquérir ;

4° Il faut l'*animus* réciproque, *animus tradendi et accipiendi*, c'est-à-dire la double volonté de transférer et d'acquérir la propriété. Cette double intention est le plus souvent la conséquence d'un acte juridique, *justa causa*, qui précède la tradition, vente, stipulation, donation. Mais l'existence de cet acte n'est pas essentielle, et la tradition transfère la propriété indépendamment d'une *justa causa*, pourvu qu'il y ait double volonté de transférer et d'acquérir. Il s'ensuit que si je fais tradition en vertu d'une cause inexistante ou illicite, par exemple, d'une vente qui n'a pas eu lieu ou d'une stipulation d'intérêts usuraires, la tradition n'en opère pas moins son effet translatif, et je n'aurai pour répéter qu'une action de créance, *condictio indebiti* ou *ex injustâ causâ.*

Mais si les parties n'étaient pas respectivement animées de l'intention de transférer et d'acquérir la chose, ou si l'une d'elles seulement n'avait pas l'intention relative au transfert, aucun déplacement de propriété ne se produirait.

On peut se demander s'il y aurait transmission de propriété au cas où il y aurait eu entre les parties erreur sur la cause de la tradition, par exemple, l'une ayant transféré à titre de vendeur et l'autre ayant cru recevoir à titre de donataire. Incontestablement, la tradition serait translative de propriété, l'intention d'aliéner et d'acquérir existant.

Il y a deux cas où la loi n'exige pas que le *tradens* connaisse individuellement l'*accipiens* : cette *traditio incertæ personæ* se présente : 1° dans le cas des *missilia*, ou pièces de monnaie que les empereurs ou les magistrats jettent à la foule pour se faire de la popularité ; 2° dans le cas de *derelictio* : il s'ensuit que l'acquéreur est un successeur à titre particulier

Digitized by Google

du *derelinquens* et que les droits réels dont la chose abandonnée est grevée subsistent. A quel moment le *derelinquens* perd-il la propriété ? D'après les Proculiens, au moment de l'appréhension par un tiers : d'où ils concluaient que ce dernier commettait un vol, s'il s'emparait de la chose sachant que le *derelinquens* avait repris l'*animus domini*. D'après les Sabiniens, dont l'opinion prévalut, le *derelinquens* perdait la propriété dès le jour de l'abandon.

5° Il faut que la chose soit corporelle et *nec mancipi*. La tradition d'une *res mancipi* n'est pas cependant inefficace ; elle confère à l'acquéreur la propriété bonitaire.

6° Il faut, du chef de l'aliénateur, le dessaisissement de la chose et sa mise à la disposition physique de l'acquéreur, *corpus*. D'où il suit que, pour transférer une chose par tradition, il faut en avoir la possession en même temps que la propriété.

*Effets juridiques.* — Faite suivant les conditions précitées, la tradition confère le domaine quiritaire, sauf pour les fonds provinciaux. La propriété passe à l'acquéreur avec toutes ses qualités et toutes ses charges antérieures à la transmission.

Le principe que la tradition ainsi faite transfère la propriété comporte une exception très importante en matière de vente : en effet, l'acheteur ne devient propriétaire de la chose vendue et livrée qu'après le paiement intégral de son prix. La tradition, dans l'espèce, se trouve affectée d'une condition suspensive tacite. Cette exception se justifie aisément : le vendeur n'a livré la chose qu'en vue du prix, et la loi présume qu'il n'a pas eu l'intention de transférer la propriété avant d'avoir été payé. Ainsi, par la conservation de son action en revendication, il sera soustrait aux risques de l'insolvabilité de l'acheteur. En droit français, au contraire, la propriété de la chose vendue est acquise à l'acheteur dès le jour même du contrat ; mais le vendeur français jouit de sûretés qui manquent au vendeur romain : le privilège et le droit de résolution tacite pour défaut de paiement du prix. Du reste, les parties pouvaient supprimer cette condition suspensive tacite : ainsi, si le vendeur avait suivi la foi de l'acheteur, en lui octroyant un terme ou en acceptant de lui une sûreté réelle ou personnelle, il serait

Digitized by Google

réputé avoir voulu transférer la propriété avant le paiement du prix, à moins de clauses contraires, d'un *pactum reservati dominii* ou d'une convention de bail ou de précaire. Dans le silence des parties, l'acheteur n'aurait jusqu'au paiement du prix que la possession de l'objet vendu.

La tradition comportait toutes sortes de clauses ou de pactes licites, pourvu qu'ils fussent ajoutés sans intervalle, *in continenti*, toutes les modalités suspensives, et, dans le dernier état du droit, les modalités résolutoires, considérées par les jurisconsultes classiques comme contraires à la nature de la propriété.

## Section III. — Adjudication.

L'adjudication consiste dans l'attribution de propriété ou de droits réels non préexistants faite par le juge dans les actions divisoires, action en bornage, *actio finium regundorum*, et actions en partage, *actio familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo*, suivant que l'indivision est héréditaire ou non. Le juge tient ses pouvoirs d'attribution de la partie de la formule appelée *adjudicatio* et propre aux actions divisoires : *quantum adjudicari oportet, judex, adjudicato.*

Dans le droit français, le juge, au cours d'un procès en bornage, a seulement pour mission de reconnaître la ligne séparative de deux fonds limitrophes pour y placer des limites. Le juge romain a un pouvoir beaucoup plus étendu : l'*adjudicatio* lui confère la faculté, toutes les fois qu'il le jugera utile pour obtenir une meilleure délimitation, de changer les bornes des héritages, faire revivre les anciennes, en imposer de naturelles ou de plus saillantes, en d'autres termes, attribuer directement à l'un des plaideurs la propriété d'une partie du champ de l'autre, en échange d'une soulte en argent.

Dans les actions en partage, le juge romain est chargé, en vertu de l'*adjudicatio*, de composer les lots et d'assigner à chacun la part qui doit lui revenir sur la masse. Il a même, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus large que celui qui est conféré au juge français en matière de partage :



Digitized by Google

il peut donner à l'un la nue-propriété, à l'autre l'usufruit, et, dans le cas où la division serait trop difficile, ou afin d'éviter le morcellement des exploitations, attribuer en entier la chose commune à l'une des parties, sauf à l'adjudicataire à payer une soulte. L'adjudication ne fait cesser que l'indivision des choses corporelles. Quant aux choses incorporelles de la masse, créances et dettes, elles se partagent de plein droit entre les cohéritiers suivant leur part héréditaire. L'adjudication, dans les actions en partage, supplée aux mancipations ou traditions que les parties auraient faites volontairement, si elles avaient été d'accord : car le partage romain n'est en réalité qu'un échange.

Dans les trois actions divisoires, l'adjudication procure la propriété quiritaire des *res mancipi* et *nec mancipi*, si l'instance constitue un *judicium legitimum*, et la propriété bonitaire seulement, si l'instance constitue un *judicium imperio continens*. Ce mode sert également à l'établissement judiciaire des servitudes prédiales, à l'origine, quand le *judicium* est *legitimum*, puis, d'après le droit prétorien, même quand il est *imperio continens*. Ce mode d'acquérir est, par sa nature, pur et simple.

### Section IV. — Mancipation.

Ce mode, réservé aux *res mancipi* mobilières ou immobilières, consiste dans une vente fictive et solennelle dans laquelle figurent huit personnes, dont cinq témoins citoyens, mâles et pubères, un *libripens* qui tient une balance de cuivre, l'aliénateur et l'acquéreur. L'acquéreur touche la chose, *manu capit*, en prononçant ces paroles sacramentelles : *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aïo, eaque mihi empta est hoc œre œneâque librâ*, j'affirme que cette chose est à moi d'après le droit quiritaire, et voici que je l'ai acquise en vertu de l'airain et de la balance de cuivre. Puis, il frappe la balance avec un lingot de cuivre, qu'il remet à l'aliénateur en guise de prix. L'aliénation est faite. Il y avait sans doute, dans les temps primitifs, une pesée réelle du métal par le *libripens*. Ces formalités devaient avoir lieu, à l'origine, en présence de la chose

Digitized by Google

mancipée ; mais cette rigueur ne tarda pas à fléchir pour l'aliénation des immeubles.

Ce mode se prête indifféremment à des aliénations onéreuses ou gratuites. C'est un *actus legitimus*, et, comme tel, il exclut la représentation et les modalités suspensives ou résolutoires. l'acquéreur affirmant l'existence actuelle du droit dans sa personne.

La mancipation disparut à l'époque du Bas-Empire.

### Section V. — In jure cessio.

Ce mode consiste dans un procès fictif en revendication, devant le magistrat, entre l'acquéreur qui joue le rôle de demandeur et l'aliénateur qui joue celui de défendeur. L'acquéreur, en touchant la chose, affirme qu'elle est à lui en ces termes solennels : *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aïo.* L'aliénateur ne proteste pas, et le magistrat, en vertu de l'*addictio*, attribue la chose au demandeur. La présence de la chose aliénée était exigée, à l'origine ; mais, cette règle gênante ne tarda pas à disparaître.

L'*in jure cessio* appartient à la juridiction gracieuse ; c'est un *actus legitimus*, et, comme tel, exclusif de toute représentation et de toute modalité suspensive ou résolutoire. Car sa formule d'acquisition est immuable et se réfère au présent.

Ce mode d'acquérir est le plus large de tous : non seulement il peut être employé également pour les aliénations onéreuses ou gratuites, mais encore il peut porter indifféremment sur des *res mancipi* ou *nec mancipi*, sur des choses corporelles ou incorporelles, telles que servitudes et hérédités.

L'admission de la quasi-possession pour les choses incorporelles rendit inutile l'*in jure cessio*.

### Section VI. — De la lex.

On comprend, sous ce mode d'acquérir, toutes les causes d'acquisition, reconnues par un acte législatif, et qui n'ont pas été classées sous une dénomination spéciale et distincte.

Digitized by Google

Les principaux cas d'acquisition *lege* sont :

1° Le legs *per vindicationem*, consacré en ces termes par la loi des Douze Tables : *Uti legassit super pecunia tutela ve suæ rei, ita jus esto.*

2° Le *jus caduca vindicandi* ou droit pour les *patres* de revendiquer les parts caduques, en vertu des lois caducaires.

3° L'*ereptorium*, acquisition au profit du fisc, en vertu de la loi Pappia Poppœa.

4° Le *jus accrescendi*, du droit classique, dans le cas d'affranchissement d'un *servus communis.*

5° L'attribution, en vertu de la loi, de la moitié du trésor au profit du propriétaire du sol.

6° L'acquisition de la propriété des fruits au possesseur de bonne foi, en vertu d'une concession de la loi.

Le possesseur de bonne foi est celui qui possède comme propriétaire, en vertu d'un juste titre, c'est-à-dire d'un acte juridique, qui suppose l'intention de transférer et d'acquérir, comme une vente ou une donation, et qui croit que celui qui lui a livré la chose en était propriétaire ou avait le pouvoir d'aliéner. Il cesse d'être de bonne foi du jour où les vices de sa possession lui sont connus.

Si le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, ce n'est point à raison de son travail, car il acquiert même ceux qui n'en résultent point ; si telle était la raison de son acquisition, on ne verrait pas pourquoi un possesseur de mauvaise foi, diligent, ne bénéficierait pas également des fruits. Le motif rationnel de cette faveur, c'est que la loi n'a pas voulu qu'un possesseur se croyant légitimement propriétaire, qui dispose peut-être largement, *lautius vivendo*, des fruits qu'il juge siens, puisse être tout à coup, après un certain laps de temps, exposé, par la revendication d'un propriétaire jusqu'alors négligent, à une restitution considérable, qui pourrait le ruiner ou tout au moins le gêner et qui exigerait certainement des comptes compliqués.

On entend par *fruits* les produits que donne périodiquement une chose d'après sa destination naturelle ou convenue : les fruits sont naturels, s'ils viennent spontanément, comme le

Digitized by Google

produit des arbres, le lait, la laine, le croît des animaux ; industriels, s'ils résultent du travail de l'homme, comme les moissons ; civils, s'ils sont perçus à l'occasion d'une chose, comme les loyers ou fermages d'un immeuble, les intérêts d'une somme.

Le possesseur de bonne foi n'a pas droit aux *produits* proprements dits. Ce caractère appartient aux produits que la chose n'est pas destinée à donner périodiquement, par exemple, le part des esclaves.

Le possesseur de bonne foi gagne les fruits par la séparation, car, c'est à partir de ce moment qu'ils ont une existence distincte de la chose frugifère. Il est traité, à cet égard, plus favorablement que l'usufruitier, qui n'acquiert les fruits que par la perception.

La bonne foi doit exister au moment de la séparation.

A l'époque classique, le possesseur de bonne foi acquiert définitivement tous les fruits, même ceux qu'il n'a pas consommés, par le seul effet de la séparation survenue avant l'introduction de l'action en justice. Mais, dès l'époque de Dioclétien, une nouvelle doctrine, inspirée par le sénatus consulte Juventien, décide que le possesseur de bonne foi n'acquerra définitivement les fruits que par la consommation : il devra donc restituer au revendiquant tous les fruits qui restent encore dans ses mains, *fructus extantes*.

Le possesseur de mauvaise foi doit restituer les *fructus extantes* en nature, en vertu de la revendication, et la valeur des *fructus consumpti*, en vertu d'une *condictio*. Il peut même être rendu comptable des fruits qu'il a négligé de percevoir.

## Section VII. — Usucapion.

### *1. — Droit civil.*

**Notions générales.** — L'usucapion, *usu capere*, est un mode civil d'acquérir la propriété par une possession continuée pendant un délai requis et sous des conditions précises.

A l'époque classique, elle a une double utilité : 1° elle sert à transformer la propriété prétorienne en propriété quiritaire;

Digitized by Google

2° elle sert à convertir la possession juridique en propriété quiritaire, lorsqu'on a acquis, avec juste titre et bonne foi, une chose d'une personne qui n'en était pas propriétaire. Dans cette seconde fonction, l'usucapion semble, au premier abord, consacrer une injustice. Mais, il faut considérer que d'impérieuses nécessités sociales militent en sa faveur : au risque de quelques lésions isolées qui trouvent leur excuse dans la négligence des propriétaires, cette institution bienfaisante prévient l'incertitude perpétuelle dans la propriété et donne à tous la sécurité, au vrai propriétaire lui-même, en simplifiant la preuve de son droit.

**Conditions**. — L'usucapion exige quatre conditions : 1° l'aptitude de la chose à être usucapée ; 2° une possession présentant certaines qualités précises ; 3° un juste titre ; 4° la bonne foi.

1° La chose doit être susceptible d'usucapion. Pour cela, elle doit être corporelle, dans le commerce et susceptible de propriété quiritaire.

Mais, parmi les choses *in commercio*, il y en a qui ne peuvent être usucapées, à raison soit d'un vice propre, soit de la qualité du propriétaire.

Ne peuvent être usucapés, à raison d'un vice qui leur est inhérent : 1° les meubles volés, d'après la loi des Douze Tables ; 2° les immeubles occupés par violence, d'après la loi *Julia de vi*. Cette impossibilité d'usucaper ne vise pas l'auteur du vol ou de la violence, qui n'a ni juste titre ni bonne foi, mais tout acquéreur postérieur de bonne foi.

Echappent à l'usucapion, à raison de la qualité du propriétaire : 1° les biens du fisc ; 2° le fonds dotal, à moins que l'usucapion n'ait commencé avant la constitution de la dot ; 3° ceux des biens du pupille ou de l'incapable en curatelle juridiquement inaliénables ; 4° les *res mancipi* de la femme pubère en tutelle aliénées *sine auctoritate tutoris*.

2° L'usucapion requiert une possession accompagnée de certaines qualités : cette possession doit être *justa* et non précaire, c'est-à-dire exercée à titre de propriétaire, *animo domini*, et prolongée sans interruption pendant le délai voulu.

Digitized by Google

Ne peuvent donc usucaper les possesseurs précaires ou détenteur pour autrui, comme le créancier gagiste ou le dépositaire.

La possession doit être continuée pendant deux ans pour les immeubles, un an pour les meubles : cette différence dans la durée du délai se fonde sur la facilité de déplacement des meubles, dont, pour ce motif, la propriété devait rester moins longtemps incertaine. La brièveté du délai requis répondait aux conditions d'un pays encore étroit et peu peuplé. Dans le calcul du délai, ou compte de jour à jour, et non d'heure à heure, on néglige le jour de l'entrée en possession et on considère comme accompli le dernier jour aussitôt que commencé, *dies incœtus pro impleto habetur*.

Il n'est pas nécessaire que la possession ait été continuée pendant tout le délai par la même personne : c'est la théorie de l'*accession* de possession, qui peut se résumer ainsi : Une possession commencée de bonne foi par un auteur est continuée utilement par tout successeur universel et se joint utilement à la possession de bonne foi du successeur particulier.

*Continuation de possession* : la possession de l'auteur passe telle qu'elle était et se continue entre les mains de tout ayant-cause à titre universel, *heres*, *bonorum possessor*, *bonorum emptor*, *adrogator* : l'auteur était-il de bonne foi, le successeur universel même de mauvaise foi usucape ; l'auteur était-il de mauvaise foi, le successeur universel même de bonne foi n'usucape pas, et il ne peut pas commencer une possession nouvelle. Il continue la personne de l'auteur, ne fait qu'un avec lui et ne peut changer le caractère vicié de la possession transmise. En résumé, le successeur universel n'a pas de possession propre, il continue celle de son auteur.

*Jonction de possession :* la possession de l'ayant-cause à titre particulier, acheteur, légataire, donataire, reste indépendante de la possession de son auteur, car il ne continue pas sa personne. L'auteur et l'acquéreur sont-ils tous les deux de bonne foi, le successeur particulier ajoutera sa possession à celle de l'auteur ; il y aura jonction de possession. L'auteur était-il de bonne foi et l'acquéreur est-il de mauvaise foi, ce dernier ne pourra usucaper. L'auteur était-il de mauvaise foi, et le suc-

Digitized by Google

cesseur particulier est-il de bonne foi, ce dernier pourra commencer une possession nouvelle *ad usucapionem*.

La possession doit être continuée sans interruption naturelle pendant le délai requis. Cette interruption, la seule connue du droit classique, résulte de la perte de la possession.

3° L'usucapion exige un juste titre, *justa causa*. Ce juste titre consiste, tantôt dans un acte de l'autorité ouvrant la voie de l'usucapion, tel est le cas de la *bonorum possessio*, tantôt dans un fait juridique, *negotium juris*, intervenu entre particuliers, avant la tradition, et révélant l'intention de transférer et d'acquérir; mais, dans ce dernier cas, il faut supposer, pour expliquer le besoin d'usucaper, que l'on a reçu soit une *res mancipi* par simple tradition, soit une *res mancipi* ou *nec mancipi à non domino*.

On peut usucaper, notamment, *pro emptore*, *pro donato*, *pro legato*, *pro dote*, *pro soluto*, et, au cas où l'usucapion ne peut se fonder sur un titre portant une dénomination spéciale, *pro suo*. Quelquefois, la prise de possession *animo domini*, dénuée de tout *negotium juris* antérieur ou concomitant, équivaut à la *justa causa* pour fonder l'usucapion : c'est ce qui a lieu, notamment, pour le titre *pro derelicto*, qui suppose une tradition faite à une personne incertaine, indépendamment de tout *negotium juris*. On usucape *pro derelicto* quand la *res derelicta* est *mancipi*.

Le juste titre putatif ou imaginaire peut-il remplacer le titre réel? Les jurisconsultes classiques penchent pour l'affirmative quand l'erreur est admissible et justifiable. Cette doctrine faisait naître de nombreuses difficultés dans la pratique. Pour y mettre un terme, Dioclétien exige formellement un titre réel.

4° Enfin, la bonne foi est exigée pour l'usucapion d'une chose livrée *à non domino*. La bonne foi consiste dans la croyance que l'on a reçu la chose du vrai propriétaire ou de son mandataire. La bonne foi est toujours présumée; celui qui invoque la mauvaise foi doit l'établir.

Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'entrée en

Digitized by Google

possession ; la mauvaise foi qui survient n'empêche pas l'usucapion, *mala fides superveniens non impedit usucapionem*. Cette règle, que quelques jurisconsultes classiques n'appliquaient qu'à l'usucapion à titre onéreux, s'explique peut-être par ce motif que l'*accipiens* a donné un équivalent, en échange de la propriété qu'il croyait acquérir.

Si la possession est acquise par un représentant, on exige la bonne foi du représenté, sauf le cas de la possession *ex causâ peculiari*, où la bonne foi du représentant suffit.

**Effets juridiques.** — L'usucapion accomplie produit un double effet :

1° Elle consolide le juste titre en rendant l'acquéreur l'ayant cause de l'aliénateur : ainsi, le titre devant produire ses résultats, on ne peut plus se refuser, si l'on a usucapé *pro emptore*, à payer le prix d'achat, *pro donato*, à supporter les charges de la donation.

2° Elle fait passer la propriété, avec toutes les charges et les bénéfices des droits réels, de la tête du propriétaire sur celle du possesseur : *tantum præscriptum quantum possessum*. L'acquéreur est désormais à l'abri de toute poursuite, tant pour la chose que pour ses fruits.

L'usucapion achevée ne retroagit pas au jour de la prise de possession : par suite, les droits réels établis par le propriétaire dans le cours de la possession sont maintenus après l'usucapion ; les acquisitions réalisées avant l'usucapion par l'esclave possédé de bonne foi profitent au maître ; le juge est tenu de condamner le possesseur qui n'a terminé son usucapion que depuis la *litis contestatio*.

### II. — *Droit prétorien.*

L'usucapion du droit classique, appartenant au *jus civile*, était inaccessible à tous ceux qui ne jouissaient pas du *commercium* ; de plus, en sa qualité de mode translatif de propriété quiritaire, elle était inapplicable aux fonds provinciaux. Dès que Rome, étendant ses conquêtes, eût sous sa domination des sujets pérégrins et des provinces, il fallut songer à combler ces lacunes. Dans ce but, le préteur organisa la *præscriptio*



Digitized by Google

*longi temporis*, qu'il soumit aux règles de l'usucapion pour l'accession de possession, le juste titre et la bonne foi. Pour le délai, il en fixa spécialement la durée, tant pour les meubles que pour les immeubles, à dix ans entre présents et vingt ans entre absents.

La *præscriptio longi temporis* n'est pas un mode d'acquérir, mais un moyen de défense : en d'autres termes, elle ne procure pas la propriété, mais simplement une exception pour repousser toute action réelle. Cette exception doit être invoquée *in jure* et être inscrite, à l'origine, en tête de la formule, *præscriptum erat*, de là le nom de *præscriptio*. La *litis contestatio* survenue avant l'expiration du délai interrompt la *præscriptio*, par suite de cette règle que le juge ne peut tenir compte d'une exception que si le bénéfice en est acquis au jour de la demande. Comme on le voit, le possesseur seul était protégé par la *præscriptio*; mais, si, venant à perdre la possession, il se trouvait en dehors des conditions exigées pour l'exercice des interdits, il ne pouvait la recouvrer. Le préteur adoucit cette rigueur, en donnant au possesseur une revendication utile. Dès lors, la *præscriptio* cessa d'être une exception pour devenir un mode d'acquérir la propriété prétorienne.

### *III. — Droit de Justinien.*

La concession du *jus civitatis* à tous les sujets de l'Empire et la suppression de toute différence entre les fonds italiques et les fonds provinciaux avaient fait perdre à la *præscriptio* sa raison d'être. Justinien, par l'abolition du dualisme dans la propriété et de la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*, enleva à l'usucapion sa première application. Ce prince opéra une fusion entre l'usucapion classique et la *præscriptio* : des deux institutions, il ne fit qu'une seule, qui conserva le nom d'usucapion.

Il emprunte à la *præscriptio* son délai de dix à vingt ans pour les immeubles seulement ; il crée un délai de trois ans pour les meubles. Le possesseur et le propriétaire sont réputés présents, quand ils ont leur domicile dans la même province, en quelque lieu, d'ailleurs, que soit situé l'immeuble,

Digitized by Google

absents, quand ils habitent deux provinces différentes. En droit français, il y a présence, lorsque le propriétaire habite le ressort de la Cour d'appel où est situé l'immeuble, car il est ainsi plus à même de surveiller son immeuble. S'il y a tantôt présence, tantôt absence, il suffit, pour déterminer l'achèvement de l'usucapion, de doubler les années d'absence : s'il y a eu, par exemple, cinq ans de présence et cinq ans d'absence, le délai requis pour usucaper sera de quinze ans. On double les années d'absence, par ce que la loi exige pour l'absence un délai double de celui qu'elle exige pour la présence.

Justinien emprunte à l'usucapion classique ses règles sur le juste titre, la bonne foi, l'aptitude de la chose à être usucapée. Il ajoute au nombre des choses qui ne peuvent être usucapées, à raison de la qualité du propriétaire, les biens des mineurs de vingt-cinq ans. Notons que, depuis Théodose le Jeune, tous les biens du pupille échappent à l'usucapion.

En outre, à l'exemple de l'usucapion classique, la nouvelle usucapion n'est pas interrompue par la *litis contestatio* ; elle peut donc s'accomplir *inter moras litis*. Toutefois, si elle s'accomplit au profit d'un absent, d'un *infans* sans tuteur ou d'un fou sans curateur, elle peut être interrompue par une requête, *libellus*, au préteur ou au gouverneur de province, et, en leur absence, par une protestation signée de trois témoins et affichée au domicile du possesseur. D'après une Novelle postérieure aux Institutes, *la litis contestatio* est considérée comme interruptive d'usucapion.

Enfin, tout comme l'ancienne, la nouvelle usucapion transfère la propriété, avec les droits réels actifs et passifs. Remarquons, à cet égard, qu'en matière hypothécaire, l'usucapion de dix à vingt ans fait acquérir la chose franche et quitte de l'hypothèque : si, donc, le propriétaire et le créancier hypothécaire se trouvent l'un et l'autre présents ou absents par rapport au possesseur, l'usucapion de la propriété et de l'hypothèque s'accompliront à la même date ; si l'un est présent, l'autre absent, les deux usucapions ne coïncideront plus dans leur terme.

Digitized by Google

### *IV. — Uusucapions ou prescriptions irrégulières.*

**Usucapio lucrativa ou pro herede.** — C'est l'usucapion des biens compris dans une hérédité jacente. Elle a varié suivant les époques.

*Première période* : A l'origine, tout citoyen romain, qui a la *factio testamenti* passive, ou capacité d'être héritier du défunt, peut, sans juste titre ni bonne foi, s'emparer de l'hérédité vacante et devenir, après un an de possession, héritier universel. Le détenteur à titre précaire, au moment du décès, ne pourrait pas se changer à lui-même le titre de sa possession. Cette institution avait été inspirée par le désir du législateur de limiter la vacance de l'hérédité dans le double intérêt des créanciers dont les actions étaient en suspens et des *sacra* qui se trouvaient interrompus, et peut-être aussi de fournir aux cognats, lors du décès d'un proche, un moyen indirect d'arriver à l'hérédité, à défaut d'agnats. Mais bientôt les *sacra* tombent en désuétude, le préteur permet aux créanciers de vendre le patrimoine du débiteur mort sans héritier et admet les cognats à prendre la succession non recueillie par les agnats (*bonorum possessio unde cognati*). L'usucapion *pro herede* était désormais sans but.

*Deuxième période* : *L'usucapio pro herede* ne confère plus la qualité d'héritier, elle procure seulement la propriété des choses corporelles héréditaires qu'on a possédées.

*Troisième période* : Un sénatus-consulte rendu sous Adrien donne à l'héritier civil ou prétorien une pétition d'hérédité fictice pour obtenir la rescision de l'usucapion accomplie même au profit d'un possesseur de bonne foi.

*Quatrième période* : Marc-Aurèle, en créant une poursuite criminelle contre l'usurpateur d'une hérédité, *crimen expilatæ hereditatis*, porta le dernier coup à cette institution.

**Usureceptio.** — C'est une usucapion ordinairement annale, qui s'accomplit, en dehors des conditions de juste titre et de bonne foi, au profit du propriétaire lui-même qui a repris sa chose. Elle a lieu dans trois cas : 1° *ex deposito*, au profit de l'aliénateur fiduciaire à titre de dépôt, rentré en possession de sa chose ; 2° *ex pignore*, au profit de l'aliénateur fiduciaire

Digitized by Google

à titre de gage, rentré en possession de sa chose après paiement de la dette ; 3° *ex prædiaturâ*, au profit du débiteur rentré en possession d'une chose qu'il avait constituée en gage au peuple romain et que celui-ci a vendue.

**Aliénations réalisées par le fisc.** — Jusqu'à Marc-Aurèle, ces aliénations sont soumises au droit commun. Ce prince, afin de prévenir les recours en éviction contre le Trésor public, décide que l'acquéreur pourra, après cinq ans, repousser victorieusement par voie d'exception toute revendication. Plus tard, Zénon décide que tout acquéreur du fisc aura, dès la tradition, la propriété franche et quitte d'hypothèques, sauf, pour le propriétaire ou les créanciers hypothécaires, à recourir contre le fisc dans le délai de quatre ans.

**Præscriptio longissimi temporis.** — Dans le droit du Bas-Empire, toutes les actions, tant réelles que personnelles, s'éteignent au bout de trente ans, sans que celui qui excipe de la prescription soit tenu de justifier d'un titre ou de sa bonne foi et sans qu'on puisse lui opposer l'exception tirée des vices de la chose. Cette prescription est un moyen de défense, une exception contre la prétention du propriétaire ou des créanciers hypothécaires : elle éteint l'action de ces derniers et libère le possesseur de l'obligation de restituer. Mais la propriété n'est pas acquise; par suite, pas d'action réelle. Si donc ce possesseur de mauvaise foi aliène, l'acquéreur, ne pouvant joindre à sa possession celle de son auteur, reste exposé à la revendication du propriétaire jusqu'au jour où il aura usucapé ou possédé durant trente ans.

Postérieurement aux Institutes, Justinien décida, sans raison sérieuse, que le possesseur de bonne foi ayant acquis d'un possesseur de mauvaise foi ne pourrait plus usucaper et n'aurait, pour protéger sa possession, que la prescription trentenaire. C'était apporter le désordre dans les saines théories du droit classique.

**Præscriptio quadraginta annorum.** — La prescription de quarante ans s'applique : 1° A l'action hypothécaire, quand elle est dirigée contre le débiteur lui-même ; 2° Aux biens du fisc et de l'Empereur ; 3° Aux immeubles des églises et des

Digitized by Google

établissements religieux. C'est une prescription extinctive, ne conférant au possesseur qu'une simple exception.

### Section VIII. — Accession.

Dans le droit moderne, on entend par *accession* la réunion de deux choses appartenant à deux propriétaires différents ou dont l'une n'a pas de maître, et jointes ensemble de manière à ne former qu'un tout unique. Le Code civil, s'inspirant de Pothier, en fait un mode d'acquérir la propriété. Nos anciens auteurs avaient cru que l'accession avait été classée par les jurisconsultes romains parmi les modes d'acquérir ; mais cette opinion nous paraît erronée, car, les divers cas d'acquisition, dont l'ensemble est compris sous cette dénomination, ne sont que le résultat de l'un des modes d'acquérir précédemment étudiés.

Il convient, tout d'abord, de remarquer que le Code civil, après Justinien et Pothier, dispose que les produits de la terre et le croît des animaux sont acquis au propriétaire par droit d'accession. Or, il y a là simplement le bénéfice de l'un des trois effets de la propriété, le *jus fruendi* : le propriétaire acquiert par l'exercice de ce droit.

L'accession est naturelle ou artificielle.

#### *1. — Accession naturelle.*

Le voisinage des cours d'eau peut augmenter ou amoindrir les propriétés riveraines. Quatre cas sont à prévoir : l'alluvion, l'avulsion, la formation des îles et l'invasion d'un terrain par les eaux.

On entend par *alluvion* l'atterrissement ou accroissement qui se forme successivement et imperceptiblement, *incrementum latens*, aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière : elle provient du dépôt prolongé de sable ou de limon charriés par les eaux. On entend par *relai* le terrain découvert que laisse l'eau courante en se retirant graduellement et insensiblement de l'une des rives vers l'autre. L'alluvion et le relai profitent au propriétaire riverain, car il serait imposible d'en déterminer la provenance.

Digitized by Google

L'*avulsion* se produit quand un cours d'eau enlève par une force subite une partie reconnaissable de terrain et va l'adjoindre à un fonds inférieur de la même rive ou de la rive opposée. Le sol n'étant pas dénaturé reste à son précédent propriétaire. En droit français, le propriétaire de la portion ainsi détachée doit réclamer sa propriété dans l'année qui suit la prise de possession.

L'île formée au milieu du fleuve, soit par dessèchement, soit par atterrissement, sur un point du lit, appartient aux riverains, en proportion de la partie de l'île qui dépasse la ligne médiane qu'on suppose tracée parallèlement aux deux rives : les parts individuelles correspondent à la longueur des fonds prise en regard de l'île. Du reste, cette attribution ne vise que les îles nées du lit du fleuve. Ainsi, les îles formées par la séparation des eaux en deux branches qui se rejoignent plus bas, restent à leurs maîtres ; l'île flottante demeure publique, comme le fleuve lui-même.

L'invasion d'un terrain par les eaux constitue ou une inondation ou un changement de lit : dans le premier cas, l'envahissement des fonds n'étant que temporaire, rien n'est changé dans leur condition antérieure ; dans le second cas, l'envahissement étant définitif, les fonds occupés cessent d'appartenir à leurs maîtres, et l'ancien lit se partage par moitié entre les riverains des deux bords. Le Code civil est plus équitable en attribuant, à titre d'indemnité, aux propriétaires des fonds envahis, le lit abandonné, en proportion du terrain qui a été enlevé à chacun.

Toutes les acquisitions précitées ne se réalisent qu'au profit des terrains *non limitati* : elles se fondent sur cette idée romaine que le lit des cours d'eau, même des fleuves, appartient aux propriétaires des fonds riverains *non limitati* ; ces fonds n'ont pas de bornes fixes, mais des bornes naturelles. Si donc le lit appartient aux riverains de ces fonds, les augmentations dont ils profitent ne sont, en réalité, que des parcelles de leur propriété dont ils n'avaient pu jouir jusqu'alors par suite d'un obstacle naturel. Deux décisions viennent à l'appui de cette opinion : 1° les propriétaires des *agri limitati*, qui

Digitized by Google

sont de contenance invariable, ne peuvent profiter des augmentations naturelles que par l'occupation ; 2° les fonds riverains d'un lac ou d'un étang ne peuvent s'accroître par alluvion, le lac ou l'étang constituant une propriété distincte. Sous Justinien, la distinction des *agri limitati* et *non limitati* n'existe plus.

### *II. — Accession artificielle.*

L'accession artificielle suppose l'intervention de l'homme. Elle comprend trois cas : la spécification, la confusion ou le mélange, l'incorporation.

**Spécification.** — C'est la transformation d'une matière première en une chose nouvelle, *nova species :* ainsi je fais une statue d'un bloc de marbre. Si le marbre appartient à autrui, à qui reviendra la statue? La statue m'est-elle attribuée : elle sera libre des droits réels qui frappaient la matière première ; est-elle laissée au maître de la matière première : elle restera grevée des droits réels antérieurs. Les Sabiniens, considérant que l'essence d'une chose est dans sa matière, attribuaient la *nova species* au propriétaire de la matière. Les Proculiens, en vertu de la maxime *forma dat esse rei*, l'attribuaient au spécificateur. Paul émet une opinion mixte, que consacre Justinien : le nouvel objet peut-il retourner à son état antérieur, comme un vase d'argent, il appartient au maître de la matière ; la conversion est-elle irrévocable, comme du vin fait avec des raisins, la *nova species* appartient au spécificateur. Quand la *nova species* reste au maître de la matière, il n'acquiert pas, sa chose reçoit seulement une plus-value. Quand elle revient au spécificateur, elle lui est acquise par une application de la *lex*.

En vertu du principe que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui, l'attribution de la propriété entraîne une question d'indemnité. La propriété est-elle attribuée au spécificateur : s'il est en possession de la *nova species*, il sera passible d'une action *in factum* jusqu'à concurrence de son enrichissement ou de l'action *ad exhibendum,* suivant qu'il a été de bonne ou de mauvaise foi. Au surplus, dans le cas de vol, le maître de la matière pourra exercer l'action *furti* et la *condictio fur-*

Digitized by Google

*tiva*. Si c'est le maître de la matière qui est en possession de la *nova species*, il obtiendra une indemnité en opposant l'exception de dol à la revendication du spécificateur. La propriété est-elle attribuée au maître de la matière : les textes ne prévoient que le cas où le spécificateur de bonne foi est en possession et décident qu'il obtiendra une indemnité en opposant l'exception de dol à la revendication du maître.

**Ecriture et peinture.** — J'écris sur le papier ou je peins sur la planche d'autrui. Les textes attribuent le papier au maître et le tableau au peintre. Pour justifier cette différence, Justinien fait observer que l'œuvre d'un Apelles ne saurait devenir l'accessoire d'une planche. Mais ce motif n'est rien moins que décisif, car tous les peintres ne sont pas de grands maîtres. Il était préférable de dire que l'écriture ne constitue pas l'œuvre intellectuelle, tandis que la peinture constitue l'œuvre artistique. La question d'indemnité se règlera de la même façon que pour la spécification.

**Confusion.** — La confusion consiste dans la réunion indistincte de corps liquides de même nature, appartenant à des maîtres différents. Ces derniers deviennent copropriétaires dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières qu'ils ont fournies à la masse commune. Pour en obtenir le partage, chacun d'eux aura l'action *communi dividundo*. Dans la confusion, il n'y a pas, à proprement parler, acquisition nouvelle, mais simple juxtaposition de propriétés diverses.

**Mélange.** — Le mélange consiste dans la réunion indistincte de corps solides de même nature, appartenant à des propriétaires divers. Si le mélange est volontaire, la masse devient indivise : ce n'est pas, à vrai dire, une acquisition nouvelle, mais une simple juxtaposition de propriétés diverses. S'il est l'œuvre du hasard, d'un tiers ou d'un seul des maîtres, chacun d'eux reste copropriétaire de sa chose et en recouvrera la valeur par la revendication.

**Incorporation.** — C'est la réunion distincte de deux choses, dont l'une devient l'accessoire de l'autre. Il y a deux espèces d'incorporation : celle de meuble à meuble ou adjonction, et celle de meuble à immeuble.

Digitized by Google

*Incorporation de meuble à meuble ou adjonction.* — Elle peut résulter : 1° de l'*intextura*, ou application d'ornements ou broderies sur une étoffe ; 2° de la *ferruminatio*, ou soudure immédiate de deux métaux semblables, par exemple, une anse d'argent soudée à un vase d'argent ; 3° de l'*adplumbatura*, ou soudure de deux métaux au moyen du plomb.

C'est le maître de la chose principale qui devient propriétaire de la chose accessoire, en vertu de l'adage « *accessorium sequitur principale* ». Le maître de la chose accessoire obtiendra une indemnité, soit, par l'exception de dol, s'il est en possession du tout, soit, par une action *in factum*, s'il ne possède pas. En cas de vol, il y aura lieu contre le délinquant à l'action *furti* et à la *condictio furtiva*.

Est réputée chose accessoire celle qui n'est jointe à une autre que pour l'usage, le complément ou l'ornement de cette dernière.

A vrai dire, il n'y a pas, dans l'espèce, d'acquisition nouvelle ; le propriétaire de la chose principale ne fait que profiter d'une plus-value résultant pour sa chose de l'adjonction.

*Incorporation de meuble à immeuble.* — Elle comprend trois cas : l'*inœdificatio* ou construction, l'*implantatio* ou plantation et la *satio* ou ensemencement.

**Construction.** — Le principe est que la propriété du sol emporte la propriété des constructions, *superficies solo cedit*. On en fait deux applications importantes :

1° *Le propriétaire du sol a construit sur son terrain avec les matériaux d'autrui.* — L'édifice, considéré dans son ensemble, appartient incontestablement au propriétaire du sol ; mais les matériaux, considérés isolément, demeurent à leur maître antérieur : par suite, si la démolition ou la ruine leur rendait une existence distincte, celui-ci pourrait les revendiquer. Ainsi, tant que l'édifice est debout, les matériaux ne peuvent être revendiqués, parce qu'alors ils forment un tout appartenant au propriétaire du sol et qu'il y aurait perte pour la fortune publique à exiger la destruction de la main-d'œuvre.

Mais le maître des matériaux a le droit d'exiger une indemnité immédiate, dont le quantum varie suivant les cas :

Digitized by Google

Les matériaux ont été volés : si le constructeur est de mauvaise foi, c'est-à-dire est l'auteur ou le complice du vol, il sera passible de l'action *furti* et de la *condictio furtiva* ; s'il est de bonne foi ou si sa mauvaise foi n'est pas établie, il sera tenu d'une action spéciale, créée par les Douze Tables, l'*actio de tigno juncto*, qui procure le double de la valeur des matériaux volés.

Les matériaux n'ont pas été volés : le maître des matériaux aura contre le constructeur les actions *locati*, *commodati*, *depositi* ou *pigneratitia*, suivant que les auteurs du constructeur auront reçu les matériaux à titre de louage, de commodat, de dépôt ou de gage. En dehors de ces cas, il aurait une action *in factum*, à concurrence du profit que le constructeur à retiré des matériaux.

Il va sans dire que la réclamation d'une indemnité fait perdre au maître des matériaux la faculté de les revendiquer en cas de ruine ou de démolition.

2° *Le propriétaire des matériaux a construit sur le terrain d'autrui.* — C'est le maître du fonds qui devient propriétaire de l'édifice. Pour l'indemnité à attribuer au constructeur, on distingue entre sa bonne et sa mauvaise foi :

Le constructeur est de bonne foi, c'est-à-dire s'est cru propriétaire du terrain. S'il est en possession, il obtiendra, par l'exception de dol opposée à la revendication, le remboursement, au choix du propriétaire, ou de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de la plus-value résultant de la construction. On comprend que le propriétaire du fonds remboursera la dépense intégrale, lorsqu'elle sera inférieure à la plus-value, et la plus-value, lorsqu'elle sera inférieure à la dépense. Ce règlement est équitable, car, dans les deux cas, le propriétaire ne s'enrichit pas au détriment du contructeur. Si le maître du sol était hors d'état d'indemniser le constructeur, le juge aurait qualité pour contraindre ce dernier à l'enlèvement de ses travaux. — Si le constructeur de bonne foi n'est pas en possession, les textes, en dépit de la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, ne lui permettent que de revendiquer les matériaux après la démolition. Toute-

Digitized by Google

fois, s'il est dans les conditions requises pour exercer l'action publicienne ou les interdits *uti possidetis* ou *unde vi*, il pourra récupérer la possession et se faire indemniser.

Le constructeur est de mauvaise foi : l'ancien droit le considère comme ayant fait une libéralité au maître du fonds, *donâsse videtur*. Cette présomption avait évidemment un caractère trop absolu. Vers la fin de l'époque classique, on lui permet de revendiquer ses matériaux après la démolition, et même d'enlever ses travaux sans qu'il en résulte de détérioration, à la condition d'établir qu'il n'a pas agi *animo donandi*.

**Plantation.** — Les arbres ou végétaux plantés sur le terrain d'autrui appartiennent au propriétaire de ce terrain, dès qu'ils y ont pris racine; car, c'est de ce moment qu'ils font partie intégrante du sol. Une indemnité est accordée au maître des arbres. L'arbre planté sur la ligne séparative de deux fonds est commun en proportion de la quantité de racines qui s'étendent dans chaque fonds.

**Semailles.** — Le simple ensemencement dans le champ d'autrui est translatif de propriété, à raison de la confusion immédiate des semences avec le sol. Le maître des semences a droit à une indemnité.

Dans tous les cas précités, la chose principale s'enrichit plutôt d'une plus-value que d'une acquisition nouvelle.

Digitized by Google

## CHAPITRE II

## DES SERVITUDES

### CARACTÈRES GÉNÉRAUX.

Une servitude est un droit réel qui astreint une chose à certaines charges au profit d'un fonds ou d'une personne. Elle constitue un démembrement de la propriété, détaché, soit pour l'usage, l'utilité ou l'agrément d'un fonds, soit pour l'avantage d'une personne. De ce que la servitude est un démembrement de la propriété, il découle trois corollaires : 1° On n'a jamais de servitude sur sa propre chose, *nemini res sua servit* ; 2° la servitude ne peut porter sur une chose incorporelle, *servitus servitutis esse non potest* ; 3° la servitude, étant un droit réel, n'impose jamais au maître de la chose asservie une obligation de faire, *servitus in faciendo consistere nequit* ; elle ne l'astreint qu'à souffrir ou à s'abstenir, *in patiendo vel in non faciendo*.

La durée des servitudes est en rapport direct avec la durée du bénéficiaire, d'où il suit : 1° que les servitudes sont incessibles ; 2° que les servitudes prédiales sont perpétuelles de leur nature, tandis que les servitudes personnelles sont viagères au plus ; 3° que l'aliénation de la chose asservie ou du fonds dominant ne fait pas cesser les servitudes.

### Section I. — Servitudes prédiales.

La servitude réelle est une charge établie sur un fonds, qui prend le nom de fonds *servant*, au profit d'un autre fonds, qui prend celui de fonds *dominant*. Le fonds libre de toute servitude est qualifié par les textes de *fundus optimus maximus que*.

**Eléments constitutifs.** — Une servitude prédiale exige quatre conditions : 1° Les deux fonds doivent appartenir à des

Digitized by Google

propriétaires différents : 2° Ils doivent être contigus ou, du moins, suffisamment voisins pour qu'aucun obstacle matériel ne s'oppose à l'exercice et à l'utilité du service foncier ; 3° La servitude est établie au profit d'un fonds ; le propriétaire n'en profite que par l'intermédiaire du fonds. C'est une qualité du fonds dominant, car elle en augmente l'utilité ou l'agrément, en facilite l'exploitation, lui donne une valeur plus grande. Aussi son étendue doit-elle être proportionnée aux besoins de ce fonds ; 4° La servitude est établie sur un fonds, jamais sur une personne : aucune obligation active ne pèse sur le propriétaire du fonds servant.

**Caractères spéciaux** — Ces caractères sont au nombre de deux : la perpétuité et l'indivisibilité.

*Perpétuité.* — Les servitudes prédiales sont perpétuelles, en ce sens qu'elles subsistent tant que subsistent les fonds et ne s'éteignent que par un mode normal. Cette perpétuité se justifie par cette idée que la servitude est un démembrement de la propriété et qu'il importe, au point de vue économique, de maintenir un service foncier facilitant l'exploitation ou augmentant la valeur d'un fonds.

De ce caractère les Romains ont déduit deux conséquences excessives : 1° Toute modalité résolutoire est réputée non avenue *jure civili* dans la constitution d'une servitude ; 2° Toute servitude prédiale devait se fonder, non sur un profit momentané pour un immeuble, mais sur un état de choses stable et permanent, *causa perpetua*, qui pût assurer une durée illimitée à l'exercice du service foncier et constituer ainsi pour le fonds un avantage fixe et définitif. C'est ainsi que la servitude d'aqueduc ou de puisage doit être alimentée par des eaux vives et ne peut s'établir sur des réservoirs ou étangs susceptibles de s'épuiser.

*Indivisibilité.* — La servitude doit profiter au fonds entier ou à une portion divise et déterminée du fonds et elle doit s'exercer sur le fonds entier ou sur une partie divise du fonds. Elle ne peut être ni établie, ni éteinte, ni revendiquée pour une partie indivise du fonds.

1° La servitude ne peut s'établir pour une portion indivise

Digitized by Google

d'un fonds : si donc, parmi les copropriétaires du fonds qu'il s'agit de rendre servant ou dominant, un seul ne peut ou ne veut consentir, l'établissement est impossible.

2° La servitude ne peut s'éteindre pour une portion indivise d'un fonds : si donc, parmi les copropriétaires du fonds dominant, un seul ne veut ou ne peut en consentir l'extinction, ou si l'extinction n'est pas consentie à tous les copropriétaires du fonds servant, la servitude subsiste. Ainsi, lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans, copropriétaire d'un fonds dominant, a obtenu, par la *restitutio in integrum*, le rétablissement d'une servitude qui s'était éteinte par le non usage, cette servitude est rétablie pour le tout et les copropriétaires majeurs bénéficieront de cette restitution. Il faut décider également que, dans tous les cas où, parmi les copropriétaires du fonds dominant, il s'en trouvera un contre lequel la prescription n'a pu courir, notamment un mineur, celui-ci aura conservé le droit de tous les autres.

3° La servitude ne peut être réclamée en justice pour une portion indivise, autrement dit, les actions relatives à une servitude ne peuvent être intentées pour une part indivise.

**Division des servitudes réelles.** — Elles se divisent en servitudes rurales et urbaines. L'intérêt de cette division apparaît à trois points de vue : 1° Les servitudes rurales sont des *resmancipi*, les urbaines des *res nec mancipi* ; 2° Les servitudes rurales peuvent être grevées d'hypothèques, les urbaines ne peuvent pas l'être ; 3 Pour l'extinction des servitudes rurales, le délai de non-usage court du jour où l'on a cessé d'en jouir ; pour celle des servitudes urbaines, ce délai court du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude.

Mais à quel signe distinctif reconnaître si une servitude est rurale ou urbaine ? Quatre opinions ont été émises :

*1re opinion* : La servitude revêt le caractère du fonds dominant : est-il rural ou non bâti, elle sera rurale ; est-il urbain ou bâti, elle sera urbaine. — Mais on peut objecter que la servitude de passage est toujours considérée par les textes comme rurale, quelque soit le fonds qui en profite.

*2e opinion* : La qualification de la servitude dépend de la

Digitized by Google

nature du fonds servant : est il rural ou non bâti, elle sera rurale ; est-il urbain ou bâti, elle sera urbaine. — Mais on peut objecter que les textes considèrent toujours comme urbaine la servitude de gouttière, abstraction faite de l'immeuble qui en est grevé.

3° *opinion* : La servitude doit avoir un caractère propre et permanent et emprunter sa qualification à ce caractère : peut-elle se concevoir sans éveiller dans l'esprit l'idée de construction, elle sera rurale ; ne peut-elle se comprendre sans faire naître instantanément l'idée de construction, elle sera urbaine. — Cette distinction est préférable aux précédentes, mais elle est trop subtile pour avoir été admise aux origines de Rome.

4° *opinion* : La nature de la servitude correspond à sa continuité ou discontinuité. Est-elle continue, c'est-à-dire son usage est-il continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme, comme la servitude de vue, elle est urbaine ; est-elle discontinue, c'est-à-dire son exercice implique-t-il le fait actuel de l'homme, comme la servitude de passage, elle est rurale. On appelle les servitudes continues *urbaines*, parce-qu'elles se rattachent le plus souvent aux fonds bâtis, et les servitudes discontinues *rurales*, parce qu'elles se rattachent le plus souvent aux fonds non bâtis. En outre, le mode d'extinction *usucapio libertatis*, fondé sur la continuité, s'applique uniquement aux servitudes urbaines. — Cette opinion est celle qui s'accorde le mieux avec les textes, sans être toutefois à l'abri de toute objection.

Les principales servitudes rurales sont :

1° Le droit de passage : *iter* ou *jus eundi*, droit de passer à pied ou à cheval ; *actus* ou *jus agendi*, droit de passer avec des bêtes ou véhicules ; *via* qui comprend, outre l'*iter* et l'*actus*, le droit de transporter toutes sortes de matériaux.

2° L'*aquæ ductus*, ou droit de conduire l'eau à son fonds à travers les héritages voisins, au moyen de rigoles ou de tuyaux.

3° Les droits de puisage, d'abreuvage, de pacage (*jus pascendi*), d'extraction de chaux ou de sable.

Les servitudes urbaines les plus importantes sont :

1° La servitude de vue ou de prospect, *jus prospiciendi*, qui

Digitized by Google

confère le droit d'avoir des vues de toute nature sur le fonds voisin.

2o Le *jus projiciendi*, ou droit d'avoir un balcon sur le fonds voisin.

3° Le *jus protegendi*, ou droit d'avoir un toit en saillie sur l'immeuble d'autrui.

4o Le *jus tigni immittendi*, ou droit d'appuyer sur le mur du voisin des poutres ou des ouvrages légers.

5o Le *jus oneris ferendi*, ou droit d'appuyer sur le mur du voisin des constructions ou gros ouvrages. Cette servitude astreint exceptionnellement le propriétaire du fonds assujetti à l'obligation d'entretenir son mur en bon état ; mais cette obligation est plutôt réelle que personnelle, car il peut s'en affranchir en abandonnant la propriété de son mur.

6° Le *jus altius non tollendi*, ou droit d'empêcher le voisin d'élever ou d'exhausser des constructions.

7° Le *jus altius tollendi* : on n'est pas d'accord sur le sens précis de ces mots. Les uns disent que c'est le droit d'élever plus haut sa construction, mais c'est là un attribut de la propriété. D'autres expliquent le *jus altius tollendi* par la remise totale ou partielle de la prohibition de bâtir au profit du fonds grevé du *jus altius non tollendi*. Mais il n'y a là aucune servitude nouvelle ; l'extinction ou la restriction d'une servitude n'est qu'un retour à la liberté des héritages. D'après une troisième opinion, des règlements administratifs limitaient la hauteur des maisons, et le *jus altius tollendi* était la faculté d'élever plus haut que cette limite, du consentement des voisins intéressés. Mais il est peu admissible que l'on pût ainsi déroger par des conventions particulières à ces dispositions d'ordre public. Le problème se résout d'une façon plus satisfaisante, en supposant simplement que le *jus altius tollendi* était le droit d'exhausser la construction du voisin, pour y appuyer des ouvrages.

8o La servitude de gouttière, *jus stillicidii recipiendi* : c'est l'assujettissement d'un fonds à recevoir les eaux pluviales, qui découlent du toît du voisin.

9° Le *jus stillicidii non recipiendi*. Ce n'est pas le droit de se



Digitized by Google

refuser à recevoir les eaux pluviales, puisque ce droit rentre dans l'exercice normal de la propriété. Ce n'est pas, non plus, un droit provenant de l'extinction totale ou partielle du *jus stillicidii recipiendi*, puisque cette extinction n'est qu'un retour au droit commun de la propriété. On a cru trouver cette servitude dans une dérogation consentie par les intéressés à des règlements locaux qui auraient astreint les voisins à recevoir réciproquement les eaux de leurs toits ; mais l'existence de ces statuts est problématique. Il est plus simple de supposer que le *jus stillicidi non recipiendi* consistait dans le droit, pour le propriétaire du fonds inférieur, d'empêcher celui du fonds supérieur de recueillir les eaux qui tombent sur son toit : ceci peut se présenter dans le cas où, suivant un acte constitutif de servitude, le fonds inférieur doit recevoir les eaux pour l'alimentation d'un réservoir.

Cette énumération des principales servitudes rurales et urbaines n'est pas limitative, et il est loisible aux propriétaires d'établir sur leurs fonds ou au profit de leurs fonds telles servitudes que bon leur semble, à la seule condition de se conformer aux règles édictées pour leur constitution et de respecter l'ordre public.

**Constitution des servitudes réelles.** — Les servitudes réelles sont établies par *translatio* ou par *deductio*. Il y a *translatio*, lorsqu'un propriétaire transfère une servitude en grèvant son fonds au profit d'un fonds voisin ; *deductio*, lorsqu'un propriétaire retient une servitude sur le fonds qu'il aliène au profit du fonds qu'il garde. Il importe d'étudier ces deux modes constitutifs sous le droitcivil, le droit prétorien et le droit de Justinien.

*Droit civil.* — La *translatio* se fait par les modes d'acquérir : notons, à cet égard, que l'*in jure cessio*, l'*adjudicatio* dans un *judicium legitimum*, le legs *per vindicationem*, s'appliquent à toutes les servitudes réelles, tandis que la *mancipatio* ne transfère que les servitudes rurales, qui sont des *res mancipi*. Les autres modes d'acquérir, occupation, tradition et usucapion, ne peuvent servir à constituer des servitudes, qui sont deschoses incorporelles, et, comme telles, insusceptibles de possession.

Digitized by Google

La constitution par *deductio* peut être faite dans la mancipation, dans l'*in jure cessio* et dans le legs : l'objet direct de ces modes d'acquérir est le transfert de l'immeuble, et la servitude n'en résulte qu'indirectement. En l'état, une servitude urbaine peut être déduite dans une mancipation. La *deductio* n'est pas admise dans la tradition.

Les modalités suspensives sont permises dans la constitution des servitudes: toutefois, la *mancipatio*, l'*in jure cessio* et l'*adjudicatio* ne les comportent que tacites.

Le caractère de perpétuité des servitudes réelles fait réputer pure et simple la constitution faite sous une condition résolutoire expresse ou tacite.

*Droit prétorien.* — Le préteur, soucieux de protéger l'exercice d'une servitude, admit une quasi-possession pour ce démembrement de la propriété. Cette quasi-possession consiste, pour les servitudes apparentes, dans les actes réalisés ou les travaux exécutés sur le fond servant, pour les servitudes non apparentes, c'est-à-dire celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme la prohibition de bâtir, dans l'abstention permanente imposée par un titre au propriétaire de l'immeuble grevé. Cette réforme produisit trois conséquences importantes :

1° Les servitudes purent désormais s'établir par une quasi-tradition, qui était réputée faite dès que le propriétaire du fonds dominant commençait à les exercer avec la volonté du maître du fonds servant. Dès lors, on put déduire une servitude dans une tradition, et établir, en fait, de vraies servitudes sur les fonds provinciaux.

2° La servitude constituée *à non domino* peut s'acquérir également par la *præscriptio longi temporis*, pourvu que la quasi-possession ne soit ni précaire, ni clandestine, ni violente.

3° Les servitudes ainsi établies sont protégées par une action confessoire utile et des interdits quasi-possessoires.

Le préteur fit également respecter, par des exceptions de dol ou de pacte, les modalités résolutoires et les servitudes adjugées dans un *judicium imperio continens*.

Digitized by Google

*Droit de Justinien.* — Les modes de translation qui subsistent encore sont : 1° la quasi-tradition ; 2° la *præscriptio longi tempori* ; 3° l'*adjudicatio* dans un *judicium* quelconque ; 4° les legs. — La *deductio* peut être faite soit dans la tradition, soit dans les legs.

Ici se présente une difficulté. Si l'on prend à la lettre les Institutes, on est tenté de croire que les servitudes prédiales et l'usufruit peuvent s'établir également par des pactes et des stipulations, Mais une pareille interprétation serait erronée. On sait qu'un des principes fondamentaux du droit romain est que ni contrats, ni pactes ne sont translatifs de droits réels et que, seuls, les modes d'acquérir ont cet effet. Les pactes et stipulations, dont parle Justinien, ne font naître qu'une obligation, et il faudra la quasi-tradition pour créer le droit réel. La jurisprudence de l'époque classique, au dire de Gaïus, avait recours à ces pactes et stipulations dans tous les cas où l'établissement d'une vraie servitude était juridiquement impossible, notamment pour les fonds provinciaux : par cet expédient, on arrivait à établir, en fait, un avantage foncier équivalant à une servitude. Mais la promesse ne produisait que l'*actio ex stipulatu*, et ni le bénéfice, ni la charge ne passaient aux acquéreurs à titre particulier. Justinien a reproduit par inadvertance le texte, désormais inutile, de Gaïus, car toute différence était depuis longtemps effacée entre les fonds provinciaux et les fonds italiques.

**Extinction des servitudes réelles.** — Les servitudes s'éteignent :

1° Par le non-usage, *non utendo*, pendant deux ans à l'époque classique, et, sous Justinien, pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents. Si le fonds dominant appartient pour le tout ou par indivis à une personne en tutelle ou curatelle, le sénatus-consulte de Septime-Sévère, dans le premier cas, et le principe de l'indivisibilité, dans le second, font obstacle à l'extinction du droit par le non-usage.

Le point de départ du délai diffère, suivant qu'il s'agit de servitudes rurales ou discontinues, ou bien de servitudes urbaines ou continues.

Digitized by Google

Pour les servitudes rurales ou discontinues, le délai extinctif court du jour où, par suite d'une inaction volontaire ou d'un obstacle matériel, le titulaire a cessé d'en jouir. Dans le le cas d'inaction, une personne quelconque peut, en exerçant la servitude dans l'intérêt des droits du fond, *nomine fundi*, en empêcher l'extinction.

Pour les servitudes urbaines ou continues, le délai court du jour où il a été fait un acte contraire ou s'est produit un obstacle matériel à l'exercice de la servitude ; cet acte ou obstacle consiste soit dans un fait volontaire du maître du fonds grevé ou d'un tiers, soit dans la confection de travaux prohibés par la servitude, soit dans la démolition ou la ruine fortuite d'ouvrage par lesquels elle s'exerçait. Le non-usage est ici qualifié d'*usucapio libertatis*, c'est-à dire acquisition par usucapion de la liberté d'un fonds.

2° Par la perte complète de l'un des fonds ; mais la servitude revit si l'état de choses antérieur est rétabli, notamment, la maison reconstruite, avant l'expiration du délai de non-usage.

3° Par la confusion, c'est-à-dire par la réunion sur la même tête des deux qualités de propriétaire du fonds dominant et de propriétaire du fonds servant. L'extinction est irrévocable, et la division ultérieure des deux fonds, à la suite d'un partage ou d'une aliénation, ne ferait pas revivre la servitude. Le droit romain n'a pas connu le rétablissement des servitudes par la destination du père de famille. En droit français, lorsque le propriétaire de deux fonds entre lesquels il existe une relation ou un signe apparent de servitude dispose de l'un d'eux sans que le contrat contienne aucune clause relative à la servitude, cette servitude revit activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.

4° Par la renonciation du propriétaire du fonds dominant, réalisée, dans l'ancien droit, au moyen de la mancipation pour les servitudes rurales, et de l'*in jure cessio* pour toutes les servitudes ; dans le droit prétorien, par une simple remise, expresse ou tacite, et protégée par l'exception de dol ou de pacte ; sous Justinien, par le simple consentement.



Digitized by Google

5° Par la résolution du droit du constituant, suivant la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

## Section II. — Servitudes personnelles.

Les servitudes personnelles sont celles qui sont établies sur un meuble ou immeuble au profit d'une personne déterminée. Elles ne peuvent être acquises pour l'hérédité jacente, sont temporaires, et l'avantage qu'elles procurent consiste toujours à faire certains actes sur la chose asservie.

Le droit romain prévoit quatre servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage, l'habitation, et les *operæ servi aut animalis.*

### I. — *Usufruit.*

Les Institutes le définissent : *Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerum substantiâ.* C'est le droit d'user et de jouir de la chose corporelle d'autrui, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. Il faut entendre par *substance* la forme et la destination actuelles de la chose.

L'usufruit est divisible : il peut exister sur une portion divise ou indivise de la chose, et, par suite, être établi ou éteint partiellement.

**Droits de l'usufruitier.** — Ces droits comprennent l'*usus* et le *fructus.* Quant à l'*abusus*, ou droit de disposition, il reste au nu-propriétaire, mais il ne comprend guère que la faculté d'aliénation, car la chose soumise à l'usufruit ne peut être ni transformée ni dégradée.

On entend par *jus utendi,* ou droit d'usage, la faculté de se servir de la chose avec ses accessoires physiques, comme les animaux ou instruments affectés à l'exploitation, et ses accessoires juridiques, comme les servitudes prédiales actives.

On entend par *jus fruendi*, ou droit de jouissance, le droit de percevoir tous les fruits proprement dits de la chose : tels sont les fruits naturels, industriels ou civils, récoltes, produc-

Digitized by Google

tion des arbres, croît des animaux, laine, fumier, intérêts, loyers et fermages.

Les produits profitent au nu-propriétaire : tels sont le part des esclaves, le trésor, les matériaux d'une maison démolie.

Sont considérés tantôt comme fruits, tantôt comme produits : 1° les arbres : on les répute fruits, en pépinière, bois, taillis ou hautes futaies mises en coupes réglées périodiquement : produits, en hautes futaies non mises en coupes réglées ; 2° les extraits des mines ou carrières : on les répute fruits, si l'exploitation en est ouverte avant la naissance du droit d'usufruit ; produits, si elle n'est ouverte qu'après ; 3° le gibier et le poisson : l'usufruitier n'y a droit que si c'est le profit exclusif du fonds.

A quel moment l'usufruitier acquiert-il la propriété des fruits ?

S'il s'agit de fruits naturels, il n'en devient propriétaire que par la perception qu'il fait lui-même ou que l'on fait pour son compte. Si donc un voleur les cueille ou les ramasse, le nu-propriétaire seul pourra les revendiquer, et l'usufruitier n'aura que l'action pénale *furti*. L'usufruitier n'est tenu à aucune indemnité pour les fruits que le nu-propriétaire laisse pendants au moment de l'ouverture de l'usufruit, et, de son côté, le nu-propriétaire ne lui doit aucune indemnité pour ceux qui restent pendants à l'extinction de l'usufruit.

Quant aux fruits civils, l'usufruitier les acquiert jour par jour, et ils lui appartiennent à proportion de la durée de son droit. Ainsi, le loyer d'un an se partage en trois cent soixante-cinq parties égales, et l'usufruitier touchera autant de ces parties que son droit aura duré de jours.

Le droit d'usufruit, étant personnel et ne pouvant s'éteindre que du chef du titulaire, est absolument incessible. Mais l'exercice du droit peut être loué ou cédé à titre onéreux ou gratuit : le cessionnaire retire tous les avantages de l'usufruit, mais l'action confessoire reste au cédant.

**Obligations de l'usufruitier.** — Le droit civil soumet l'usufruitier à trois obligations : 1° Il doit user et jouir de la chose suivant sa destination : d'où il suit qu'il ne peut ni la trans-

Digitized by Google

former ni la dégrader ; toute dégradation active le rendrait passible de l'action de la loi *Aquilia* ; 2° Il doit supporter toutes les dépenses qui peuvent être considérées comme une charge des fruits ou revenus, notamment, les dépenses d'entretien, les impôts et les intérêts des dettes qui grèvent la chose asservie ; 3° Il doit restituer la chose à la fin de l'usufruit ; son refus l'exposerait à la revendication.

Le préteur, trouvant ces précautions insuffisantes, soumit l'usufruitier, préalablement à son entrée en jouissance, à prendre le double engagement, garanti par des fidéjusseurs, de jouir en bon père de famille et de rendre la chose à la fin de l'usufruit. Faute de remplir cette formalité, la délivrance de la chose lui sera refusée. La promesse de jouir en bon père de famille le rend désormais responsable de toute négligence : il est tenu, dès lors, d'exercer les servitudes susceptibles de s'éteindre par le non-usage, d'interrompre les prescriptions, de remplacer les arbres ou vignes qui ont péri, de combler par le croît les vides ou les pertes du troupeau. La promesse de restituer dispense le nu-propriétaire d'établir sa propriété, en lui permettant de réclamer la restitution, en qualité de créancier, par l'action *ex stipulatu*.

**Constitution.** — L'usufruit s'établit, aux différentes époques du droit, par les mêmes procédés de *translatio* ou de *deductio* que les servitudes prédiales.

1° Dans le droit civil, la *translatio* ne pouvait se faire ni par la mancipation, l'usufruit n'étant pas une *res mancipi*, ni par les modes d'acquérir fondés sur la possession, puisque l'usufruit est une chose incorporelle. La *deductio* était admise dans tous les modes d'acquérir, sauf la tradition. Le legs *per vindicationem* était le mode le plus habituel de constitution.

L'usufruit, étant un droit essentiellement temporaire, comporte toutes les modalités suspensives et résolutoires, pourvu que le mode de constitution employé s'y prête.

2° Dans le droit prétorien, nous retrouvons la quasi-possession, la quasi-tradition et la *præscriptio longi temporis*.

3° Sous Justinien, les modes de constitution sont les mêmes que pour les servitudes prédiales. Notons qu'à cette époque,

Digitized by Google

il existe un usufruit légal au profit du père sur les biens formant le pécule *adventice* du fils de famille.

**Extinction.** — Le droit d'usufruit s'éteint :

1° Par le décès du titulaire. Si un usufruit est acquis par un fils à son père ou par un esclave à son maître, le droit classique fixe l'extinction à la mort du père ou du maître, s'il est acquis par un acte entre-vifs, et, à la mort du fils ou de l'esclave, s'il est acquis par un acte testamentaire, car, dans ce dernier cas, la libéralité a été faite *intuitu personæ*, en considération de la personne. Justinien fait durer l'usufruit acquis par le fils jusqu'au décès du dernier mourant, et l'usufruit acquis par l'esclave jusqu'à la mort du maître.

2° Par l'accomplissement de la modalité résolutoire. L'usufruit constitué jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe, dure jusqu'à cette époque, bien que le tiers soit décédé avant l'âge fixé. L'usufruit attribué à une personne morale s'éteignait par un laps de cent ans; en droit français, le terme légal est de trente ans.

3° Par toute *capitis deminutio*, dans le droit classique, et seulement par la *maxima* et la *media*, sous Justinien.

4° Par la perte ou la transformation de la chose : l'usufruit ne persiste pas sur les débris d'une chose qui a changé de nom ou de forme.

5° Par le non-usage pendant un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles, au temps classique, et pendant trois ans pour les meubles et dix ou vingt ans pour les immeubles, sous Justinien.

6° Par la renonciation faite, en faveur du nu-propriétaire, sous forme d'*in jure cessio*, à l'époque classique, et par une simple manifestation de volonté, sous Justinien.

7° Par la consolidation, ou acquisition de la nue propriété à l'usufruitier.

8° Par la résolution du droit du constituant.

**Du quasi-usufruit.** — Les choses qui se consomment par le premier usage et les choses incorporelles ne comportent pas un véritable droit d'usufruit. On établit sur ces choses un droit de jouissance équivalant à l'usufruit.

Digitized by Google

**Quasi-usufruit sur les choses consumptibles.** — On ne peut user et jouir des choses de consommation, telles que l'argent, les grains, les denrées, sans en disposer ; or, le *jus abutendi* manque à l'usufruitier. On ne pouvait donc établir d'usufruit sur ces choses ; mais un sénatus-consulte du règne d'Auguste vient combler cette lacune en créant le quasi-usufruit. Ce quasi-usufruit confère sur les choses consumptibles un droit de pleine propriété, sous la condition d'en restituer de semblables, en pareille quantité et qualité, ou leur valeur appréciée au jour de la constitution par une estimation qui vaut vente. Les risques sont à la charge du débiteur, suivant la maxime *genera non pereunt*. Cette obligation de restituer était, comme dans l'usufruit ordinaire, garantie par une promesse du titulaire et par une caution ou fidéjussion. Nous aurons, dans ces conditions, un créancier au lieu d'un nu-propriétaire, et un débiteur d'une valeur reçue en propriété au lieu d'un usufruitier.

**Quasi-usufruit sur les choses incorporelles.** — L'application de ce droit spécial fut étendue par les jurisconsultes aux choses incorporelles, telles que les créances, les servitudes prédiales et les hérédités. Le quasi-usufruitier devait également fournir promesse et caution.

1° *Créances.* — Le titulaire d'une créance peut établir un quasi-usufruit au profit de son débiteur ou d'un tiers. Si c'est au profit du débiteur, le quasi-usufruit le dispense de verser les intérêts et lui permet de garder le capital jusqu'à sa mort sans s'inquiéter de l'échéance de la dette : il l'exerce par l'exception de dol. Si c'est au profit d'un tiers, le quasi-usufruit lui permet de toucher les intérêts et le capital une fois échu, à la charge de le restituer à l'extinction de son droit.

2° *Servitudes prédiales.* — Il faut supposer qu'un testateur établit au profit d'un légataire qui a un fonds voisin un quasi-usufruit sur une servitude réelle, par exemple, la jouissance d'un droit de puisage ou de passage qu'il a lui-même sur un autre fonds voisin. L'héritier, pour exécuter le legs, devra ou abandonner l'exercice de son droit réel au légataire ou renoncer provisoirement à la servitude qui profite à son fonds pour

Digitized by Google

en faire établir une identique sur le fonds servant au profit du légataire ; à la mort de ce dernier, l'héritier reprendra la jouissance de sa servitude ou demandera le rétablissement de la servitude originaire. Dans l'espèce, la servitude ne cesse pas d'exister au profit d'un fonds. Mais le caractère réel des servitudes ferait obstacle à ce que le testateur léguât le quasi-usufruit d'une servitude au profit d'un légataire qui n'aurait pas de fonds voisin ; car, dans ce cas, la servitude serait provisoirement affectée au profit d'une personne.

3° *Hérédités.* — Il y a quasi-usufruit, quand le testateur a légué la jouissance de créances ou de choses consumptibles.

### *II. — Usage.*

En droit strict, l'usage consiste dans le droit d'user ou de se servir, *jus utendi*, de la chose d'autrui à charge d'en conserver la substance. Mais, cette faculté aurait été parfois purement illusoire, si les jurisconsultes n'avaient admis de bonne heure qu'il convenait d'interpréter favorablement pour l'usager les testaments ou legs, source la plus usuelle de cette servitude, et d'admettre le titulaire à une part des fruits. Ainsi, l'usage devint une sorte d'usufruit restreint aux besoins de l'usager. L'usager d'un fonds a le droit de prendre pour sa consommation quotidienne et celle des personnes de sa famille vivant avec lui des fruits, des céréales, des légumes ou autres produits agricoles. Comme l'usufruitier, l'usager fait la promesse garantie par des fidéjusseurs d'user en bon père de famille et de restituer à la fin de son droit. Il contribue aux charges en proportion de l'étendue de son droit. L'exercice de cette servitude essentiellement personnelle ne peut être ni cédé ni loué, car la manière d'user change avec les personnes. Le droit d'usage s'établit et s'éteint par les mêmes modes que l'usufruit ; mais, à la différence de ce dernier droit, il est indivisible.

### *III. — Habitation.*

Cette servitude personnelle, de fait plutôt que de droit, consiste dans la faculté d'habiter une maison : elle se restreint

Digitized by Google

à ce qui est nécessaire pour l'habitation du titulaire et de sa famille. Elle diffère sur deux points de l'usage d'une maison : 1° L'exercice peut en être cédé ; 2° Elle ne s'éteint ni par le non-usage ni par la *capitis deminutio*. Mêmes modes de constitution que l'usage.

### IV. — *Operæ servi aut animalis.*

La servitude personnelle portant sur les travaux des esclaves ou les services rendus par un animal est établie le plus souvent par legs. Le bénéficiaire peut louer l'exercice de son droit. Ce droit ne s'efface ni par le non-usage ni par la *capitis deminutio* ; mais il s'éteint par l'usucapion de l'esclave ou de l'animal et est transmissible aux héritiers.

Digitized by Google

## CHAPITRE III

### DROITS RÉELS PRÉTORIENS

#### Section I. — Propriété bonitaire.

L'origine de cette propriété d'ordre secondaire se rattache aux premiers efforts de la jurisprudence prétorienne pour s'affranchir du formalisme rigide du droit civil. Nous avons vu que la tradition appliquée à une *res mancipi* fut d'abord complètement inefficace : le préteur corrigea en partie cette règle rigoureuse en décidant que l'acquéreur d'une *res mancipi* par voie de tradition aurait la chose *in bonis*, avec tous les avantages utiles de la propriété. Une fois organisé, le domaine bonitaire se généralisa, et, à l'époque classique, ses nombreux cas d'application en firent une institution importante.

Les diverses causes qui font acquérir la propriété prétorienne sont ou à titre particulier ou à titre universel.

Les causes d'acquisition sur un objet déterminé sont : 1° le cas précité de la tradition d'une *res mancipi ;* 2° l'*abductio servi ex noxali causâ :* lorsque le maître d'un esclave délinquant ne vient pas défendre à l'action noxale, le préteur autorise le tiers lésé par le délit à emmener l'esclave et à l'avoir *in bonis ;* 3° le décret d'envoi en possession *damni infecti causâ :* quand un propriétaire, dont la maison menace ruine, s'est refusé, sur l'invitation qui lui a été faite, à fournir la *cautio damni infecti*, le magistrat envoie les intéressés en possession de l'*ædes ruinosa ;* 4° l'adjudication faite dans un *judicium imperio continens.*

Les causes d'acquisition sur tout ou partie d'un patrimoine sont : 1° les *bonorum possessiones* ou hérédité prétorienne ; 2° la *bonorum emptio* ; 3° l'*addictio bonorum libertatis gratiâ* ; 4° la restitution d'un fidéicommis universel en vertu du sénatus-consulte Trébellien.



Digitized by Google

L'*in bonis* procure tous les avantages utiles de la propriété quiritaire : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ; en outre, elle arme le titulaire de moyens suffisants pour protéger son droit réel : exceptions contre la revendication, interdits et action publicienne, en cas de dépossession.

Mais la propriété prétorienne reste inférieure, par certains côtés, à la propriété civile : ainsi, notamment, le propriétaire bonitaire, en affranchissant son esclave, n'en fait qu'un *latin junien;* il ne peut employer pour transférer sa chose certains modes du droit civil, la mancipation, l'*in jure cessio* et le legs *per vindicationem*. Mais sa propriété incomplète est susceptible de se transformer en propriété quiritaire par l'usucapion.

Le préteur laissa subsister sur la tête du propriétaire quiritaire, désinvesti par le bonitaire, certains droits sous le nom de *nudum jus Quiritium*. C'est ainsi que le *dominus* reste encore nanti de la revendication, et cette action, impuissante contre le propriétaire prétorien, doit triompher contre tout détenteur.

Ce dualisme dans la propriété se maintint en droit jusqu'à Justinien : ce prince fit revivre l'unité primitive.

## Section II. — Superficie.

Le droit réel de superficie est celui que le préteur permet au propriétaire foncier de consentir à long terme sur toute construction élevée sur son sol. La situation juridique du superficiaire est mixte : à l'égard du propriétaire du sol, il est créancier en vertu de la convention ; à l'égard des tiers, il jouit d'un droit réel, productif d'une action *in rem utilis*, et sa quasi-possession est protégée par l'interdit spécial *de superficie*. Ce droit s'établit soit à titre gratuit, par legs ou donation, soit à titre onéreux, par convention suivie d'une quasi-tradition ; dans ce dernier cas, la rémunération consiste dans un prix unique ou dans une redevance périodique. Il s'éteint par l'arrivée du terme, la ruine de la construction, le retard prolongé dans le paiement de la redevance, la renonciation acceptée par le propriétaire.

Digitized by Google

## Section III. — Emphytéose.

L'emphytéose est un droit réel d'usage et de jouissance concédé à perpétuité, ou, du moins, pour un terme très long sur un immeuble, avec faculté pour le titulaire de l'exploiter à son gré, comme son bien propre. Son étymologie grecque (ἐμφυτεύειν, planter) indique bien son utilité, qui était d'intéresser et d'attacher à la culture de certaines terres en friches. Les municipes prirent de bonne heure l'habitude de donner ainsi à bail leurs immeubles, en retour d'une redevance. Les empereurs, pour leurs domaines privés, et les particuliers eux-mêmes, pour leurs terres incultes ou lointaines, adoptèrent ce mode d'exploitation.

L'emphytéote a sur la chose un droit réel, productif d'une action *in rem* utile, et sa possession est protégée par les interdits. Il use et jouit de la chose et acquiert les fruits par la séparation ; il a la faculté d'apporter à l'immeuble toutes les améliorations ou modifications qu'il juge utiles. Son droit passe à ses héritiers légitimes ; il peut le transmettre par testament ou même en disposer entre-vifs par vente ou donation. Mais, en revanche, il est soumis aux obligations résultant de son contrat et doit payer une redevance. S'il vend, il doit prévenir le propriétaire, qui peut, dans le délai de deux mois, ou exercer le droit de *préemption*, c'est-à-dire reprendre la chose au prix offert par l'acquéreur, ou agréer la vente, auquel cas il peut exiger le cinquantième du prix.

Le droit réel d'emphytéose s'établit soit par tradition, à la suite d'une convention, soit par legs, soit par *præscriptio longi temporis*. On s'était demandé si la convention emphytéotique était une vente ou un bail à long terme : elle avait de la vente le caractère perpétuel, du louage la périodicité de la redevance. L'intérêt de la controverse apparaissait dans la question des risques : si c'était une vente, l'emphytéote devait continuer à payer les termes de la redevance, malgré la perte fortuite de la chose ; si c'était un louage, il était libéré. Les jurisconsultes classiques penchaient vers l'idée de louage. Zénon trancha la discussion en faisant de la convention em-

Digitized by Google

phytéotique un cinquième contrat consensuel et en décidant qu'en cas de perte totale, les risques seraient pour le propriétaire, et, en cas de perte partielle, pour l'emphytéote.

Le droit réel d'emphytéose s'éteint par le défaut prolongé de paiement de la redevance, la perte totale du fonds, l'arrivée du terme fixé par la convention, la mort de l'emphytéote sans héritiers, la renonciation acceptée par le propriétaire.

Le Code civil est muet sur l'emphytéose : c'est une question encore débattue de nos jours que de savoir si elle a été implicitement admise par le droit français.

### Section IV. — Hypothèque.

Ce droit réel fut sanctionné par le préteur dans le but de combler les lacunes que présentait le système des sûretés que pouvait offrir un débiteur à son créancier. Il apparaît comme le mode résumant tous les progrès réalisés en matière de garantie réelle.

#### I. — *Origine et développements successifs des droits réels accessoires : aliénation fiduciaire, gage, hypothèque.*

Le droit romain primitif ne connut que les sûretés personnelles ; mais, avec le temps, l'utilité des sûretés réelles se fit sentir, et on en vint à reconnaître des droits réels accessoires.

On appelle droit réel *accessoire* celui qui porte sur la chose d'autrui affectée à la garantie du paiement d'une obligation. Il implique toujours l'idée d'un droit de créance qu'il s'agit de protéger contre les dangers d'insolvabilité du débiteur. Le droit réel accessoire présente un triple avantage : 1° Il donne un droit de préférence sur le prix des biens vendus, tandis que ce prix se distribue par contribution entre les créanciers chirographaires ; 2° Il donne un droit de suite sur l'objet aliéné, alors que les créanciers chirographaires doivent supporter les aliénations consenties sans fraude par le débiteur ; 3° Il donne un droit de vente sur l'objet grevé, alors que les créanciers chirographaires, pour réaliser leur gage commun, doivent vendre en masse le patrimoine de leur débiteur.

Les modes de sûreté réelle ont varié suivant les époques :

Digitized by Google

**1° Aliénation fiduciaire.** — Le plus ancien est l'aliénation fiduciaire : primitivement, le débiteur, pour constituer une sûreté réelle, devait transférer par la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* la propriété d'une chose à son créancier, qui s'obligeait, par un contrat de fiducie, à la lui retransférer aussitôt après le paiement de sa dette.

Cette sûreté constituait un droit accessoire avantageux pour le créancier, puisqu'il devenait propriétaire, avait la revendication, usait et jouissait de la chose, sauf à imputer les fruits sur les intérêts et les produits sur le capital de sa créance, pouvait, en vertu d'une clause du contrat, qui fut plus tard toujours sous-entendue, la vendre à l'échéance à défaut de paiement et se payer par préférence sur le prix.

Mais, à l'inverse, ce système avait de graves inconvénients pour le débiteur, qui perdait la propriété avec la possession et l'usage de sa chose, n'avait pour la recouvrer contre le créancier qu'une action personnelle née du contrat de fiducie et courait ainsi le risque de ne pouvoir en obtenir la retranslation. En outre, le débiteur épuisait son crédit par une seule aliénation fiduciaire, un objet même de valeur ne pouvant servir de sûreté que pour une seule créance parfois minime.

On avait obvié au désagrément de la privation pour le débiteur de l'usage de la chose par la faculté qu'on donnait au créancier de la lui laisser à titre de bail ou de précaire.

**2° Gage.** — Un progrès sérieux fut réalisé par l'apparition du gage, qui exigeait seulement le transfert de la possession. L'inconvénient du transfert de propriété disparaissait ainsi, mais ceux de la perte de l'usage de la chose pour le débiteur et de l'extinction trop rapide de son crédit réel subsistaient. De plus, la chose engagée demeurait inutilisée : car le créancier n'avait pas la faculté juridique de s'en servir, ni le constituant la faculté physique. Pour pallier à ce désagrément, le débiteur pouvait laisser sa chose au créancier à titre, plutôt nominal que réel, de précaire ou de bail. En outre, on avait imaginé, pour remédier à l'inconvénient de l'unité d'affectation du gage, qu'un même objet pourrait servir de sûreté à plusieurs créanciers, à la condition de le remettre entre les

Digitized by Google

mains d'un tiers qui le détiendrait pour le compte de tous les intéressés ; mais ce système n'était pas pratique.

Le droit réel de gage naît de la tradition ou remise volontaire de la possession juridique.

A l'origine, le créancier gagiste n'a qu'un droit de rétention; mais, plus tard, il est investi des interdits pour faire respecter sa possession. Quant au droit de vente après l'échéance, il y a lieu de distinguer trois phases : 1° A l'origine, le droit de vendre est un élément *accidentel* du gage : le créancier gagiste n'a ce droit qu'en vertu d'une convention expresse ; 2° Ce droit devient un élément *naturel* du gage : il appartient au créancier, sauf réserve contraire ; 3° A la fin de l'époque classique, il devient un élément *essentiel*, qui prime la volonté des parties ; le débiteur devait être avisé de la vente par une sommation.

Si le créancier ne trouvait pas d'acheteur, il pouvait, sous l'Empire, obtenir du prince un rescrit lui conférant la possession *animo domini* : le débiteur pouvait reprendre la chose en le désintéressant avant l'accomplissement de l'usucapion.

Justinien exige que la vente soit précédée d'une signification au débiteur et faite sur affiches et aux enchères. Si le créancier ne trouve pas d'acheteur, il peut demander à l'Empereur, après un certain délai, une adjudication de la propriété de la chose.

Le gage suppose entre les parties un contrat réel, dont les obligations sont sanctionnées par l'action civile *pigneratitia directa* ou *contraria*.

3° **Hypothèque.** — L'introduction de l'hypothèque dans le droit romain marque le dernier progrès dans la voie des sûretés réelles : le débiteur aura désormais le moyen d'assurer son crédit réel sans être obligé de se priver de l'usage de sa chose. D'après l'opinion générale, c'est à la Grèce que le préteur emprunta cet instrument de crédit si appréciable.

La première application de l'hypothèque à Rome est due au préteur Servius, qui permit au fermier d'un fonds rural d'affecter, par simple convention, à la garantie de son prix de bail, tous les objets qui garnissaient la ferme, meubles, bestiaux, ustensiles aratoires. Ainsi, plus de dessaisissement des

Digitized by Google

objets indispensables à l'exploitation. Ce droit réel établi indépendamment de toute tradition était une dérogation au principe d'après lequel les droits réels ne se transfèrent ni par les conventions ni par les contrats. Le bailleur avait le droit de revendiquer, par l'action Servienne, contre tout détenteur les objets affectés à sa créance.

L'utilité et la commodité de ce procédé devaient en entraîner à bref délai la généralisation : on admit que tout créancier pourrait, par un simple pacte, obtenir un droit réel sur les biens meubles ou immeubles de son débiteur, pour la garantie de la dette. La loi en présuma même l'établissement au profit de certains créanciers dignes de faveur ou inhabiles à pourvoir eux-mêmes à leur sûreté. Dès lors, l'hypothèque était admise dans la législation. On peut la définir : Un droit réel prétorien, accessoire et indivisible, portant sur une chose affectée, par un pacte ou par la loi, à l'acquittement d'une obligation. Elle est sanctionnée par l'action quasi-Servienne ou hypothécaire.

La méthode nouvelle devait détrôner entièrement l'aliénation fiduciaire et laisser subsister le gage avec ses avantages propres. Dans le dernier état du droit, le gage se rapproche tellement de l'hypothèque que les jurisconsultes disent : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.* Cette différence de nom n'existait même pas toujours, puisque le terme de *pignus* sert le plus souvent à les désigner tous les deux. Cette assimilation provenait de ce que ces deux sûretés réelles portaient sur les mêmes choses, étaient indivisibles, procuraient également contre les tiers un droit de suite exercé par la même action réelle, l'action quasi-Servienne. Toutefois, le gage, à la différence de l'hypothèque, déplace la chose par une tradition, donne la possession et l'exercice des interdits, ne peut porter que sur des choses actuelles et garantir qu'un seul créancier à la fois.

### II. — *Constitution de l'hypothèque.*

**Conditions générales.** — La constitution d'hypothèque suppose deux conditions essentielles : 1° Une dette préexistante ; 2° Une chose susceptible d'hypothèque.

Digitized by Google

1° *Une dette préexistante*, soit à la charge du propriétaire de la chose hypothéquée, soit à la charge d'autrui. Le droit réel d'hypothèque est, en effet, l'accessoire d'un droit de créance. Il n'importe que la dette soit civile, prétorienne ou naturelle, pure et simple, à terme, conditionnelle ou future.

2° *Une chose susceptible d'hypothèque.* — Peuvent être affectés de l'hypothèque, parmi les choses corporelles, tous les meubles ou immeubles dans le commerce, c'est-à-dire susceptibles d'être vendus, car c'est par la vente que le créancier arrive à la réalisation de la sûreté hypothécaire.

Parmi les choses incorporelles, on peut hypothéquer :

1° Un droit d'usufruit : le créancier non payé, à l'échéance de la dette, a le droit d'en aliéner à titre onéreux l'exercice ; du reste, la durée de l'usufruit est toujours subordonnée à l'existence du titulaire.

On ne peut hypothéquer, à titre principal et distinct, les droits d'usage et d'habitation, dont l'exercice est essentiellement personnel.

2° Les servitudes rurales. D'après une opinion, il s'agit d'une servitude rurale déjà établie, que le créancier non payé, à l'échéance, peut vendre aux propriétaires voisins. Mais cette interprétation est contraire au principe de l'inséparabilité du fonds dominant et de ses servitudes actives, accessoires juridiques du fonds. D'après d'autres auteurs, il s'agit d'une servitude à établir : le débiteur consent au créancier le droit d'investir, en cas de non paiement à l'échéance, d'une servitude sur son fonds, un propriétaire voisin, qui en paiera la valeur au créancier. Si le créancier avait un fonds voisin, il pourrait dès à présent exercer la servitude à titre de gage.

On ne peut hypothéquer, séparément du fonds auquel elles sont attachées, les servitudes urbaines ; car, s'il est de la nature des servitudes rurales de pouvoir faire l'avantage de plusieurs fonds voisins, il n'en est pas de même des servitudes urbaines, qui ne peuvent avoir de l'utilité pour d'autres fonds que le fonds dominant. Ainsi, une servitude de gouttière est exclusivement profitable au fonds pour lequel elle est établie.

3° Les droits réels de superficie et d'emphytéose.

Digitized by Google

4° Les droits de créance : le créancier peut, en cas de non paiement à l'échéance, faire une cession à titre onéreux de la créance hypothéquée, pour se payer sur le prix.

5° Le gage et l'hypothèque : c'est le *pignus pignori datum*. Il suppose que le créancier gagiste ou hypothécaire affecte cette sûreté à sa propre dette. Le cessionnaire a le droit de saisir et vendre la chose engagée ou hypothéquée pour se payer sur le prix jusqu'à concurrence de ce qui est dû au cédant. Le droit français autorise tout créancier à prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur, mais le montant de la collocation du débiteur est distribué comme chose mobilière entre tous les créanciers inscrits avant la clôture de l'ordre. Toutefois, le créancier qui a été subrogé aux droits hypothécaires de son débiteur, les fera valoir comme l'aurait fait ce dernier.

**Hypothèques volontaires**. — L'hypothèque volontaire est celle qui a sa source dans la volonté des parties. Elle s'établit : 1° Par convention : aucune forme spéciale n'est exigée ; un simple pacte suffit pour la faire naître. En droit français, l'hypothèque conventionnelle ne peut être constituée que par acte notarié ; — 2° Par testament, au profit d'un légataire ou d'un créancier.

Mais, conventionnelle ou testamentaire, la constitution d'hypothèque n'est efficace qu'autant qu'elle est consentie par un propriétaire, quiritaire, bonitaire ou provincial, capable d'aliéner.

D'où il suit qu'on ne peut hypothéquer la chose d'autrui. Nous verrons qu'on peut, au contraire, vendre la chose d'autrui. Cette différence provient de ce que le propriétaire seul peut constituer un droit réel sur sa chose, tandis que, la vente ne produisant que des obligations, le vendeur peut sans difficulté devenir débiteur de la chose d'autrui.

Toutefois, l'hypothèque de la chose d'autrui n'est pas toujours inefficace : le propriétaire peut la ratifier ; en outre, elle est opposable au constituant qui aurait acquis ultérieurement la propriété.

Peut-on hypothéquer les biens à venir ? L'hypothèque des



Digitized by Google

biens à venir, ou qui a pour objet une chose due au constituant, ou qui est subordonnée à la condition suspensive de l'acquisition de la propriété, bien que valable en elle-même, ne fait naître le droit réel que du jour où les biens entreront dans le patrimoine du constituant. En droit français, l'hypothèque des biens à venir est prohibée, en principe, en vertu de la règle qui exige dans la constitution hypothécaire une mention spéciale de la nature et de la situation de l'immeuble ; néanmoins, si les biens présents sont insuffisants pour la sûreté de la créance, le débiteur peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté, au fur et à mesure des acquisitions.

**Hypothèques judiciaires.** — Les hypothèques judiciaires sont celles qui dérivent d'une décision ou d'un acte de justice. Ce sont le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale*.

Le *pignus prætorium* affecte les biens compris dans un envoi en possession, *missio in possessionem*, décrété par le préteur. Ce gage est protégé d'abord seulement par un interdit, et ne confère que le droit de rétention ; mais il est sanctionné, sous Justinien, par le droit de suite et l'action réelle.

Le *pignus judiciale* affecte les biens que le magistrat a fait saisir, au profit du plaideur victorieux, contre le débiteur condamné qui n'exécute pas la sentence : après un certain délai, le créancier peut faire vendre le gage saisi pour se payer sur le prix.

**Hypothèques légales.** — Les hypothèques légales ou tacites sont celles qui résultent directement d'une disposition législative, édictée soit pour sanctionner une convention tacite et présumée des parties, soit pour veiller à l'intérêt public, soit pour protéger certaines personnes dignes d'intérêt. Les unes sont spéciales ou relatives à certains biens du débiteur ; les autres générales, c'est-à-dire grèvent tout son patrimoine.

Les hypothèques légales spéciales les plus connues sont : 1° celle du bailleur d'une maison sur le mobilier qui la garnit ; 2° celle du bailleur d'un fonds rural sur les récoltes ; 3° celle du légataire sur les biens de la succession.

Les hypothèques légales générales les plus importantes sont:

Digitized by Google

1° celle du fisc sur les biens de ses administrateurs et des contribuables ; 2° celle des pupilles, des mineurs de vingt-cinq ans et des fous sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs ; 3° celle de la femme sur les biens de son mari pour garantir la restitution de sa dot.

### III. — *Effets de l'hypothèque.*

**Etendue de l'hypothèque.** — L'hypothèque est générale ou spéciale, suivant qu'elle porte sur l'ensemble des biens d'une personne ou seulement sur certains biens déterminés. Une fois constituée, elle s'étend à tout ce qui vient s'ajouter ou accéder à la chose pour l'accroître ou l'embellir, alluvions, constructions, améliorations de toute nature.

**Indivisibilité.** — L'hypothèque est indivisible. Ce caractère ne signifie pas ici qu'elle ne puisse, comme les servitudes prédiales, se constituer ou s'éteindre pour une part indivise. Le sens en est qu'elle grève entièrement les choses affectées, chacune d'elles, et chaque parcelle de ces choses jusqu'à l'acquittement intégral de l'obligation : *est tota in toto et tota in quâlibet parte.* Ce principe comporte deux développements : 1° Chaque portion divise ou indivise de la chose hypothéquée garantit toute la dette : ainsi, quand la chose passe à plusieurs acquéreurs par fractions ou par indivis, chacun d'eux est tenu hypothécairement de l'obligation entière ; 2° Chaque fraction de la dette est garantie par toute la chose: ainsi, quand le débiteur laisse en mourant plusieurs héritiers, et que l'un d'eux paye sa quote-part de la dette, la chose n'est point dégrevée d'autant ; de même, quand le créancier laisse, à son décès, plusieurs héritiers, dont l'un reçoit le montant qui lui revient dans la créance, l'hypothèque n'est point réduite pour une portion correspondante, mais subsiste dans toute son étendue jusqu'au paiement intégral de la dette.

**Situation juridique du propriétaire.** — L'hypothèque proprement dite laisse au propriétaire l'usage et la jouissance de la chose, *jus utendi* et *fruendi*, et, sous certaines restrictions, le droit de disposer, *jus abutendi*. En effet, dans ses actes de disposition, il ne peut diminuer les sûretés du créancier, et

Digitized by Google

ses aliénations ne sont pas opposables à ce dernier. Ajoutons que si l'hypothèque porte spécialement sur un meuble, l'aliénation rend le propriétaire passible des peines du *furtum*.

**Droits des créanciers hypothécaires.** — Les avantages du créancier hypothécaire sur le créancier chirographaire éclatent à un triple point de vue : 1° Le créancier chirographaire doit subir les aliénations consenties sans fraude par son débiteur ; 2° Pour se payer, il doit faire vendre en masse le patrimoine du débiteur obéré ; 3° Lors de la réalisation et en cas d'insuffisance du gage commun, il doit supporter une perte proportionnelle au montant de sa créance et ne peut réclamer qu'un dividende. Le créancier hypothécaire, plus favorisé, peut s'adresser à la chose, à l'échéance de la dette, la suivre en quelques mains qu'elle passe, la faire vendre et se faire payer par préférence sur le prix.

1° *Droit de suite.* — Ce droit permet au créancier hypothécaire de méconnaître toute aliénation consentie même sans fraude postérieurement à la constitution d'hypothèque et d'enlever la chose, soit au constituant, soit au tiers acquéreur, pour exercer le droit de vente.

Le droit de suite s'exerce soit par l'action *pigneratitia*, dans le cas de gage, soit par les interdits possessoires *uti possidetis*, *utrubi*, *undè vi* ou l'interdit Salvien, suivant les cas, soit enfin, que le créancier ait perdu la possession ou ne l'ait jamais eue, par l'action Servienne ou Quasi-Servienne.

L'action hypothécaire se donne contre tout possesseur ou détenteur, constituant, nouveau propriétaire ou tiers. Le demandeur a à prouver : 1° Que la constitution d'hypothèque a été régulière ; 2° Que le constituant était propriétaire lors de la constitution. L'action hypothécaire n'est donc, au fond, qu'une action pétitoire, revendication ou publicienne, exercée au nom du constituant par le créancier.

Le défendeur à l'action hypothécaire pouvait repousser la demande, soit en opposant l'exception tirée du bénéfice de discussion ou l'exception de priorité, soit en invoquant le *jus offerendæ pecuniæ*.

Digitized by Google

Le bénéfice de discussion est *réel* ou *personnel*. Le bénéfice réel consiste dans le droit donné au détenteur d'un bien, grevé d'une hypothèque générale, de renvoyer le créancier poursuivre d'abord le détenteur d'un bien soumis à une hypothèque spéciale. Le bénéfice personnel, créé par Justinien, comporte une double application : 1° le tiers détenteur, actionné hypothécairement, peut exiger que le créancier intente en premier lieu contre le débiteur et ses cautions, l'action personnelle de la créance ; 2° le tiers détenteur de la chose hypothéquée par un fidéjusseur a le droit de forcer le créancier à discuter d'abord la chose hypothéquée par le débiteur lui-même.

L'exception de *priorité* pourra être opposée au demandeur, lorsque le défendeur aura lui-même une créance hypothécaire d'un rang antérieur à la sienne.

Enfin, le défendeur à l'action hypothécaire peut invoquer le *jus offerendæ pecuniæ*, c'est-à-dire désintéresser le créancier et obtenir, en retour, une cession d'action.

L'action hypothécaire est *arbitraire*, c'est-à-dire que le juge ordonne au défendeur de délaisser ou de payer toute la dette, à raison de l'indivisibilité du droit, s'il ne veut être condamné à la valeur de la chose.

2° *Droit de vente.* — Une fois en possession de la chose régulièrement saisie, le créancier peut, suivant les règles édictées en matière de gage, la faire vendre à l'amiable, jusqu'à Justinien, et, depuis ce prince, il doit la faire vendre aux enchères publiques. Cette vente de gré à gré, sans publicité, avant Justinien, avait dû entraîner des abus sérieux. Le vendeur, n'étant pas propriétaire, doit se servir de la tradition pour le transfert de la propriété.

S'il ne trouve pas d'acheteur, il peut, sous l'Empire, obtenir par rescrit, après un certain délai, l'adjudication de la possession *ad usucapionem*. Justinien décide qu'il pourra solliciter du prince, après un délai déterminé, l'adjudication de la propriété elle-même de la chose : *impetratio dominii*.

La vente permet au créancier d'arriver à la réalisation du prix.

3° *Droit de préférence.* — Dès que la chose est vendue,

Digitized by Google

le droit réel du créancier est converti en un droit sur le prix, qu'il peut s'attribuer sans être tenu de subir le concours, tant des créanciers hypothécaires postérieurs que des créanciers chirographaires. Si le prix est inférieur ou égal au montant de sa créance, il n'a rien à restituer ; s'il est supérieur, il en versera l'excédent au constituant ou aux créanciers postérieurs.

C'est la priorité de la date des hypothèques, et non des créances, qui détermine le rang des créanciers entre eux, suivant l'adage : *prior tempore, potior jure*. C'est donc l'ordre des pactes d'hypothèque qui assigne son rang à chaque créance, sans distinction entre les hypothèques générales et les hypothèques spéciales, entre les créances pures et simples et les créances conditionnelles. Si deux hypothèques ont été constituées le même jour, le créancier qui est en possession de la chose est préféré.

Ainsi, c'est le premier créancier hypothécaire qui suit la chose partout où elle passe, vend lui-même, se paye de ses mains et distribue le surplus aux créanciers subséquents, suivant leur rang respectif. C'est avec raison qu'on a pu dire que le premier des créanciers hypothécaires avait la part du lion.

En droit français, l'hypothèque prend rang du jour où le créancier a pris inscription sur le registre du conservateur. Ce système a l'avantage d'en assurer la publicité, dans l'intérêt des créanciers et des tiers.

La clandestinité des hypothèques est contraire aux principes économiques ; elle devait être une source de difficultés dans la pratique. Le créancier, le tiers acquéreur et le débiteur lui-même devaient souffrir de cette absence de mesure de publicité.

En premier lieu, c'est en aveugle que le créancier prête son argent, puisqu'il ne peut s'assurer d'une façon certaine s'il existe ou non des hypothèques antérieures ; c'est à ses risques et périls qu'il vend à l'échéance, puisqu'il peut surgir après coup un créancier hypothécaire plus ancien que lui, qui évincera l'acquéreur. S'il connaît des hypothèques antérieures, il verra son droit paralysé et n'aura la faculté ni de poursuivre ni même de surveiller la vente.

Digitized by Google

En second lieu, le tiers acquéreur achète et paye au hasard. Car il se trouve pendant trente ans exposé à être évincé par un créancier nanti d'une hypothèque antérieure à celle de son vendeur. Le cas échéant, il devra délaisser ou payer intégralement la dette, s'il veut s'épargner une condamnation. La loi romaine ne lui donne aucun moyen analogue à la purge de notre droit, qui a pour but de permettre à l'acquéreur de se libérer définitivement des charges hypothécaires en offrant aux créanciers inscrits le prix de l'immeuble vendu ou sa valeur estimative et en mettant les créanciers à hypothèque légale dispensée d'inscription en demeure de s'inscrire dans le délai de deux mois, sous peine de déchéance du droit de suite.

Il va sans dire que les débiteurs, à raison de cette insécurité pour les créanciers, devaient trouver difficilement à emprunter, et que l'hypothèque n'était pour eux, dans ces conditions, qu'un médiocre instrument de crédit.

L'Empereur Léon essaya de remédier au vice de ce régime en décidant que le créancier qui aurait une hypothèque constatée soit par un acte public, soit par un acte signé de trois témoins irréprochables, serait préféré au créancier qui aurait une hypothèque même antérieure établie par simple titre privé. Mais, outre que cette réforme n'avait rien d'impératif, elle ne constituait pas un moyen de publicité suffisant pour éclairer les créanciers et les acquéreurs.

Enfin, vice non moins grave que le caractère occulte des hypothèques, dans le système romain, le concours entre les divers créanciers hypothécaires n'est pas réglé définitivement dans une procédure collective pareille à celle de notre ordre. Cette opération de classement, qui détermine le rang de préférence suivant lequel les créanciers seront payés sur le prix d'immeubles appartenant à leur débiteur, a l'avantage considérable de clore, une fois pour toutes, les contestations entre créanciers qui se disputent pour l'attribution du prix, en faisant obstacle à ce qu'un créancier hypothécaire puisse venir, après un certain laps de temps, faire annuler la vente, évincer l'acquéreur, vendre de nouveau la chose pour s'en adjuger le prix, au risque, à son tour, de voir survenir le lendemain un

Digitized by Google

nouvel adversaire, supérieur par la date, tout prêt à exercer également ses droits hypothécaires.

### IV. — *Extinction de l'hypothèque.*

L'hypothèque s'éteint soit par voie de conséquence, par suite de l'extinction de la dette, soit par voie principale, indépendamment de la dette.

**Extinction par voie de conséquence.** — L'extinction civile ou prétorienne de la dette éteint l'hypothèque, qui en est l'accessoire : tels sont les cas de paiement, de novation, d'acceptilation, de pacte *de non petendo.*

Toutefois, dans les cas de *successio in locum creditoris* ou subrogation, l'hypothèque ne s'éteint pas, elle passe de la tête du créancier désintéressé sur celle de la personne qui l'a payé. Ces cas sont au nombre de trois :

1° Versement aux premiers créanciers du prix d'acquisition. — L'acquéreur d'une chose hypothéquée vendue par le débiteur, qui s'est prévalu du *jus offerendæ pecuniæ* et a désintéressé, avec le prix de vente, le premier ou les plus anciens des créanciers hypothécaires, est subrogé en leur lieu et place et sera préféré aux autres créanciers hypothécaires postérieurs qui voudraient faire vendre la chose et qui ne le pourront qu'en versant à l'acquéreur la somme que ce dernier a déboursée.

2° Subrogation d'un créancier à un créancier désintéressé.— Lorsqu'un créancier hypothécaire, soucieux d'empêcher la vente dans un moment inopportun, désintéresse un autre créancier qui lui est préférable, il peut, en demandant une cession d'action, obtenir le rang du créancier qu'il a payé.

3° Subrogation d'un prêteur à un créancier désintéressé. — C'est le cas qui se présente lorsque le débiteur fait un emprunt, sous la double condition que les deniers seront employés à l'acquittement de sa dette hypothécaire et que le prêteur sera subrogé aux droits du créancier désintéressé.

**Extinction par voie principale.** — L'hypothèque s'éteint, abstraction faite de la dette :

1° Par la vente de la chose, provenant du premier créancier hypothécaire ;

Digitized by Google

2° Par la résolution du droit du constituant : le droit résoluble ne peut créer qu'une hypothèque résoluble ;

3° Par la renonciation expresse ou tacite du créancier ;

4° Par la confusion ou acquisition de la propriété au créancier hypothécaire ;

5° Par la perte complète de la chose ;

6° Par l'usucapion de dix à vingt ans, dans le droit de Justinien, au profit du tiers détenteur qui possède comme libre une chose hypothéquée ;

7° Par la prescription libératoire de quarante ans, pour les hypothèques conventionnelles, depuis Justin, lorque la chose grevée n'est pas sortie du patrimoine du débiteur. Nous savons que la créance s'éteint par la prescription de trente ans : comment expliquer cette survivance de l'action hypothécaire pendant dix ans ? On en donne pour motif que le laps de trente ans substitue à la dette prescrite une obligation naturelle, qui suffit à conserver l'hypothèque pour une période décennale.

### V. — *Des hypothèques privilégiées.*

L'hypothèque privilégiée ou privilège réel résulte de la combinaison des avantages du privilège personnel et de l'hypothèque ordinaire.

Le privilège personnel du droit classique consistait dans un simple droit de préférence sur les créanciers chirographaires. Il était donné à raison de la qualité de la créance ou de la personne.

Sont privilégiés à raison de la qualité de la créance, notamment : 1° Celui qui avance des frais funéraires ; 2° Celui qui a prêté des fonds pour la construction d'une maison ou d'un navire.

Sont privilégiés à raison de la qualité de la personne, notamment : 1° les pupilles, les mineurs de vingt-cinq ans, les fous et les prodigues sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs ; 2° les femmes sur les biens de leurs maris pour leurs reprises matrimoniales. Ces privilèges, sauf celui des prodigues, furent convertis en hypothèques tacites ou légales.

Le rang respectif entre les créanciers privilégiés s'établit par

Digitized by Google

la seule qualité de la créance ou du créancier, sans égards pour l'ancienneté de la créance.

L'hypothèque privilégiée ou privilège réel équivaut à notre privilège du droit français. Elle prime tous les créanciers hypothécaires même antérieurs en date et a tous les avantages pratiques de l'hypothèque. Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle suivant les différentes qualités des créances, et non par la priorité de leur existence.

Les principales hypothèques privilégiées sont : 1° Celle du fisc pour le recouvrement de l'impôt foncier ; 2° Celle de la personne qui a fait des frais pour la conservation de la chose ; 3° Celle des femmes mariées, dans le droit de Justinien.

Le classement des privilèges et des hypothèques privilégiées est controversé.

Digitized by Google

## CHAPITRE IV.

### Capacité d'aliéner et d'acquérir les droits réels.

#### 1. — *Pouvoir d'aliéner.*

Deux principes dominent la théorie : 1° On peut aliéner sa propre chose ; 2° On ne peut aliéner la chose d'autrui. Ces deux règles comportent des exceptions.

*Exceptions au principe qu'on peut aliéner sa propre chose.* — Il y a des propriétaires qui sont frappés d'une incapacité d'aliéner absolue, c'est-à-dire s'étendant à tous leurs biens. Ce sont, notamment : 1° le fou dans ses moments de folie ; 2° le prodigue interdit ; 3° le mineur de vingt-cinq ans en curatelle ; 4° le pupille.

La règle que le pupille est incapable d'aliéner donne lieu à deux applications intéressantes :

1° Le pupille ne peut, sans l'*auctoritas* du tuteur, faire un *mutuum* ou prêt de consommation, qui exige une translation de propriété. Si, en fait, il l'a accompli, il n'acquiert pas de créance contractuelle, *non contrahit obligationem*, reste propriétaire des choses prêtées et peut les revendiquer tant qu'elles existent : *res extinctæ vindicari nequeunt.* Si l'emprunteur les a consommées de bonne foi, c'est-à-dire ignorant l'intérêt du pupille à revendiquer, le pupille a à son service une action personnelle, la *condictio sine causâ* ; s'il les a consommées de mauvaise foi, le pupille a l'action *ad exhibendum*, qui lui permet de fixer lui-même sur serment le chiffre de la condamnation.

2° Le pupille ne peut, sans *auctoritas* du tuteur, faire un paiement de sa dette, qui suppose une translation de propriété. Si, en fait, il l'a effectué, il reste propriétaire et peut, en principe, revendiquer tant que la chose existe. Si, toutefois, il

Digitized by Google

a payé une dette liquide et échue, son action, intentée au mépris de l'équité, serait repoussée par l'exception de dol : *dolo facit qui petit quod redditurus est*. En dehors de ce cas, si la chose a été consommée de bonne foi, le paiement est libératoire ; de mauvaise foi, le créancier est exposé à l'action *ad exhibendum*.

Il y a des propriétaires qui sont frappés d'une incapacité relative, c'est-à-dire restreinte à certains biens. Ce sont notamment ; 1° la femme pubère en tutelle pour ses *res mancipi* ; 2° le mineur de vingt-cinq ans qui n'est pas en curatelle, à l'égard de ses immeubles ; 3° le mari pour le fonds dotal.

*Exceptions au principe qu'on ne peut aliéner la chose d'autrui*. — Il y a des personnes qui peuvent aliéner sans être propriétaires. Ce sont : 1° le créancier gagiste et le premier créancier hypothécaire ; 2° les mandataires légaux, tuteurs ou curateurs, et les mandataires conventionnels, dans les limites de leurs pouvoirs ; 3° les représentants naturels, personnes en puissance, agissant soit sur l'ordre exprès du père ou du maître, soit sur sa volonté tacite résultant de la concession d'un pécule à administrer.

### *II. — Pouvoir d'acquérir.*

Trois principes régissent cette capacité : 1° Toute personne *sui juris* acquiert valablement par elle-même ; 2° On ne peut rien acquérir par une personne non soumise à sa puissance ; 3° On peut acquérir par les personnes qu'on a sous sa puissance.

1° Toute personne *sui juris* acquiert valablement par elle-même. Toutefois, le *furiosus*, hors de ses intervalles lucides, et le pupille *infans* ne peuvent accomplir que des acquisitions n'exigeant pas une manifestation de volonté.

2° On ne peut acquérir par autrui, *per extraneam personam*. Les Romains n'admettaient pas la représentation dans les actes juridiques. Il ne faut pas oublier, toutefois, que le fait matériel de la possession peut être accompli par autrui.

3° On peut acquérir par les personnes qu'on a, soit sous sa puissance paternelle ou dominicale, soit *in manu* ou *in mancipio*. Remarquons, à cet égard, que l'*in jure cessio* et l'adjudi-

Digitized by Google

cation, supposant un procès fictif ou sérieux, sont inaccessibles aux personnes en puissance.

**Acquisition de droits réels par le fils de famille. Des pécules.** — A l'origine, tout ce qu'acquiert le fils de famille est acquis à son père ; il n'a pas de patrimoine personnel ; le père reste propriétaire même du pécule *profectice, quod à patre proficiscitur*, c'est-à-dire des choses qu'il lui a concédées, et qu'il peut lui retirer à son gré.

Mais, sous l'Empire, l'institution des pécules *castrense, quasi-castrense* et *adventice* vint apporter des tempéraments à la rigueur de l'ancien droit.

Auguste, désireux de conquérir par des mesures de largesses le dévoûment de la milice, institua le pécule *castrense*, qui comprenait tout ce que le fils de famille acquérait à l'occasion du service militaire, solde, butin. A l'égard de ce pécule, le fils de famille était considéré comme un *pater familias* : il en avait la propriété, jouissance, administration et libre disposition. Toutefois, il n'a pu tester *de peculio castrensi* que depuis Adrien.

Le pécule *quasi-castrense* date de Constantin : il comprend d'abord tout ce que le fils de famille perçoit à l'occasion de ses fonctions d'officier du palais ; plus tard, les honoraires des avocats, la rétribution des prêtres et le traitement des divers fonctionnaires de l'Etat. Le fils de famille en a la propriété, jouissance, administration et libre disposition. Toutefois, il n'a pas pu en disposer par testament que depuis Justinien.

Le pécule *adventice*, crée également par Constantin, comprend d'abord les biens provenant de la succession de la mère ; plus tard, les libéralités de toute nature faites par la mère ou les ascendants maternels, puis par le conjoint ou le fiancé, et, sous Justinien, tout ce qui n'est ni *profectice*, ni *castrense*, ni *quasi-castrense*. Le fils n'a que la nue-propriété de ce pécule : la jouissance et l'administration en sont réservées au père. Or, comme la perspective de perdre cet usufruit légal aurait pu détourner le père de l'émancipation, on lui permit, en cas d'émancipation, de garder le tiers en pleine propriété, et, depuis Justinien, la moitié en usufruit.

Digitized by Google

Ainsi, dans le dernier état du droit, le fils de famille acquiert, en principe, pour lui-même, et ce n'est que par exception que ses biens profitent au père.

**Acquisition de droits réels par l'esclave.** — Toutes les acquisitions réalisées par l'esclave profitent à son maître. L'esclave commun acquiert à chacun des maîtres proportionnellement à son droit de copropriété. L'esclave d'une hérédité jacente peut acquérir pour l'hérédité toute espèce de droits réels, sauf des servitudes personnelles. L'esclave grevé d'un droit d'usufruit acquiert à l'usufruitier ses fruits civils, c'est-à-dire les loyers et les salaires de son travail, les profits que l'esclave réalise avec la chose de l'usufruitier, et les libéralités à lui faites en considération de la personne de l'usufruitier. L'esclave grevé d'un droit d'usage n'acquiert à l'usager que ce qu'il a gagné avec la chose de l'usager et les libéralités à lui faites en considération de la personne de l'usager. Le nu-propriétaire recueillera toutes les acquisitions qui ne profitent ni à l'usufruitier ni à l'usager.

Digitized by Google

# TITRE II.

## DROITS DE CRÉANCE

### CHAPITRE PREMIER.

#### THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS.

**Caractères essentiels des obligations**. — L'obligation, qui est le corrélatif du droit de créance, peut se définir : Un lien juridique, *vinculum juris*, qui nous astreint à fournir à quelqu'un une prestation ou un avantage pécuniairement appréciable. Trois caractères se dégagent de cette définition : 1° L'obligation est un lien de droit, c'est-à-dire sanctionné par la loi civile, ce qui la distingue du devoir, qui n'est qu'un lien moral ; 2° Elle suppose un sujet actif ou créancier et un sujet passif ou débiteur ; 3° Elle implique un objet, la prestation due, *res solvenda* : ce sera un fait ou une abstention, une *datio,* si le débiteur doit transférer un droit réel, ou enfin une *præstatio* proprement dite, s'il doit procurer simplement la possession ou jouissance d'une chose ou d'un droit.

L'obligation, faisant partie activement ou passivement du patrimoine, est comprise dans toute acquisition *per universitatem*.

Les Romains ont considéré comme immuable et perpétuel le lien de droit qui unit entre eux le créancier et le débiteur ; d'où deux conséquences : 1° les parties ne peuvent se substituer personne à titre particulier dans le rapport qu'elles ont créé entre elles ; 2° nul laps de temps ne peut détruire le lien de droit, ce qui exclut, notamment, le terme résolutoire.

Digitized by Google

**Division.** — 1° D'après leurs effets pratiques, les obligations sont civiles ou naturelles, suivant qu'elles sont ou non munies d'action ; 2° D'après la source du droit qui les sanctionne, elles sont civiles ou honoraires, ces dernières, pour la plupart, prétoriennes ; 3° D'après leurs sources génératrices, elles naissent *contractuelles*, *ex delicto*, *quasi-contractuelles*, *quasi ex delicto*. Le quasi-contrat et le quasi-délit, rattachés aux deux premières sources par les jurisconsultes, sont des faits ayant quelque analogie avec le contrat et le délit, *variæ causarum figuræ*. L'obligation naîtra comme d'un contrat, lorsque le fait licite se sera produit en dehors d'une convention, et comme d'un délit, lorsque le fait illicite ne sera pas rangé parmi les délits. Les effets du quasi-contrat et du quasi-délit seront les mêmes que ceux du contrat et du délit. A ces quatre causes d'obligations, il faut ajouter la *loi*, qui crée, notamment, la dette alimentaire, la nécessité de payer l'impôt.

## Section I. — Notions générales sur les contrats ou obligations conventionnelles.

**Théorie primitive.** — Le contrat est une convention munie d'action par l'ancien droit civil. Le pacte est une convention dépourvue de sanction civile. Tous deux supposent une convention ou résultat d'un concours de volontés vers un même but juridique. Cette inefficacité du pacte, qui différencie si profondément la vieille loi romaine de notre loi moderne, qui fait de la convention la loi des parties, reposait sur la nécessité où se trouvaient les sociétés, à une époque où la preuve écrite ne pouvait être qu'exceptionnelle, de subordonner la formation d'un contrat à l'accomplissement d'un fait matériel et sensible, de nature à indiquer le moment précis de la naissance du lien obligatoire. C'est ainsi que le *vinculum juris* n'est produit que par certaines paroles, *verbis*, certaines écritures, *litteris*, ou la remise de la chose, *re*. On n'avait exempté de la nécessité d'une forme que quatre conventions d'un usage quotidien, la vente, le louage, la société, le mandat, auxquel-

Digitized by Google

les Zénon ajouta l'emphytéose : ces contrats se formaient *solo consensu*.

Tels sont les contrats nommés.

**Extension progressive de la théorie.** — Grâce à l'esprit de réforme du préteur et des jurisconsultes, le nombre des conventions obligatoires fut successivement étendu.

1° Ainsi le préteur munit d'une action, notamment, le pacte d'hypothèque et le pacte de constitut ; les constitutions impériales sanctionnent, notamment, le pacte de donation et le pacte de dot. C'est ainsi encore qu'une action est attachée aux *pacta adjecta* ou pactes adjoints à un acte juridique valable, contrat ou *datio*. Enfin, le préteur protégea par une exception, *exceptio pacti*, tout pacte isolé, *pactum nudum*, c'est-à-dire qui ne s'ajoute à aucune opération juridique.

2° La jurisprudence sanctionna progressivement les opérations juridiques procédant d'une *datio* ou d'un fait : ainsi de simples pactes synallagmatiques furent transformés en contrats par l'accomplissement, du chef de l'une des parties, de la prestation promise en échange d'une autre prestation. On les appela contrats *innommés*.

**Eléments des contrats.** — Dans tout contrat, on peut rencontrer trois sortes d'éléments : 1° des éléments *accidentels* : ce sont les circonstances qui ne sont pas sous-entendues dans le contrat et que les parties y font entrer librement pour en régler la durée ou les effets : telles sont les modalités ; 2° des éléments *naturels* : ce sont les circonstances qui font partie du contrat, mais que les contractants sont libres d'en éliminer : telle est la garantie dans la vente ; 3° des éléments *essentiels*, ou circonstances indispensables à la formation du contrat : la capacité, le consentement, l'objet et la *causa civilis*.

La capacité est l'aptitude juridiquement requise pour contracter.

Le consentement est l'accord réciproque des volontés sur un même objet. Une offre ou promesse unilatérale, *pollicitatio*, ne produit des effets juridiques qu'après son acceptation.

L'objet du contrat, c'est l'objet de l'obligation, la prestation due, *res solvenda*.



Digitized by Google

La *causa civilis*, c'est la formalité matérielle, qui rend obligatoire la convention : *verba*, *litteræ*, *res*. En droit français, la cause, c'est le but qui a déterminé l'accord des volontés : dans les contrats à titre onéreux, c'est le profit en vue duquel on s'oblige ; dans les contrats à titre gratuit, c'est l'intention de faire une libéralité, *animus donandi*. Titius promet *verbis* ou *litteris* à Séius de lui rembourser une somme qu'il va lui emprunter ; la formalité extérieure accomplie, Séius refuse de compter les espèces : en droit romain, le contrat sera valable, l'engagement de Titius reposant sur une *causa civilis* ; en droit français, il sera nul, faute de cause, parce que la promesse du débiteur n'a pas atteint son but, qui était le versement de la somme. Toutefois, nous verrons que l'équité du préteur ne tarda pas à tempérer dans la pratique la rigueur de la théorie primitive.

**Division des contrats.** — On peut diviser les contrats en :

1° *Contrats unilatéraux ou synallagmatiques*. — Le contrat est unilatéral, quand il n'oblige que l'une des parties : tels sont les contrats *verbis*, *litteris* et le *mutuum* ; bilatéral ou synallagmatique, quand il oblige réciproquement les deux parties. Le contrat bilatéral est appelé synallagmatique *parfait*, quand les deux parties sont obligées dès le jour de sa formation, comme dans la vente, et synallagmatique *imparfait*, quand l'une des parties seule est obligée, à l'origine, et que l'autre peut le devenir également par la suite, comme dans le mandat.

2° *Contrats à titre onéreux ou gratuit*. — Le contrat est à titre onéreux ou intéressé, quand il assujettit les deux parties à donner ou à faire quelque chose ; il est à titre gratuit ou de bienfaisance, quand l'une des parties n'est astreinte à fournir aucun équivalent de la prestation de l'autre, comme dans le mandat, le dépôt, le commodat, le prêt sans intérêts, le cautionnement.

Les contrats à titre onéreux sont *commutatifs* ou *aléatoires*, suivant que l'équivalent consiste dans une valeur déterminée ou dans une chance éventuelle de gain ou de perte. Un contrat en principe commutatif peut devenir aléatoire : si je vous

Digitized by Google

vends telle maison moyennant une rente viagère, la valeur de votre profit dépendra de la durée de mon existence.

3° *Contrats nommés ou innommés.* — Le contrat est nommé, quand il a une dénomination propre et engendre une action spéciale ; innommé, quand il n'a pas une désignation individuelle et n'est sanctionné que par une action générale et commune, l'*actio præscriptis verbis*.

4° *Contrats de droit strict et de bonne foi.* — Le contrat est de droit strict, *stricti juris*, quand le juge, appelé à apprécier l'obligation du débiteur, doit s'en tenir à la rigueur du droit pur et à la lettre du contrat : tels sont tous les contrats unilatéraux ; de bonne foi, *bonæ fidei*, quand le juge peut se décider d'après l'équité, *ex æquo et bono*, en suppléant aux omissions des parties, en tenant compte de leur intention : tels sont tous les contrats synallagmatiques, parfaits ou imparfaits.

5° *Contrats verbis, litteris, re, solo consensu.* — Les contrats *verbis*, stipulation, *dictio dotis*, *jurata promissio liberti*, et le contrat *litteris* sont appelés solennels, à raison de la forme légale et artificielle qui, jointe aux conditions de capacité, consentement et objet, engendre l'obligation. Les contrats réels, *mutuum*, commodat, dépôt, gage, se forment *re*, c'est-à-dire par une tradition ou remise, qui oblige à restitution. A Rome, tant que la chose n'a pas été livrée, il n'y a pas d'obligation ; dans le droit français, au contraire, l'obligation naît avant la livraison même, pourvu qu'il y ait accord entre les parties. Les contrats consensuels n'exigent, pour leur formation, que le concours de volontés capables.

Le formalisme romain, en ce qui concerne les contrats *verbis* et *litteris*, était inspiré surtout par le désir de prévenir, après un délai plus ou moins long, les embarras dans les procès, en frappant par des actes matériels l'attention des témoins et en suppléant par des formes sensibles à l'absence de preuve écrite. On comprend sans peine qu'exiger ainsi que le contrat portât sa preuve en lui-même était un excellent moyen de couper court aux difficultés éventuelles.

Dans le droit moderne, l'accord des parties fait loi : peu im-

Digitized by Google

porte de quelle manière, en quels termes, sous quelle forme cet accord s'est établi. La loi exige souvent la rédaction d'un écrit, mais pour la preuve du contrat, et non comme condition de sa formation. Cependant, certains contrats, à raison de leur importance exceptionnelle, la donation, l'hypothèque, le contrat de mariage, sont soumis à des solennités destinées soit à en assurer l'irrévocabilité ou la publicité dans l'intérêt des tiers, soit à montrer aux parties toute l'importance de leur acte.

## Section II. — Modes généraux de contracter : stipulation et contrat litteris.

### I. — *Stipulation.*

Les contrats qui se forment par des paroles solennelles sont au nombre de trois : la stipulation, la *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti*. Mais, tandis que la *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti* ne s'appliquent qu'à des hypothèses spéciales, la stipulation est un mode général et facile pour contracter, une forme flexible pour imprimer la force obligatoire à toute convention. On l'a justement définie un *moule à obligations*. Il suffit, en effet, de jeter dans ce moule des conventions ou pactes licites, par eux-mêmes inefficaces, pour les transformer en contrats. Mais là ne se borne pas son utilité. Outre que ses formes solennelles sont de nature à préciser l'intention des parties, la stipulation permet de substituer un contrat de droit strict à un contrat de bonne foi, de nover une dette, de l'éteindre par acceptilation. Au surplus, dans le *mutuum*, le prêteur qui a soin de stipuler la restitution de la chose n'aura plus à prouver sa propriété ni le fait de la tradition.

**Formes.** — Quatre conditions de forme sont exigées pour créer la stipulation :

1° *Une interrogation et une réponse en termes solennels.* — A l'origine, le terme de la *sponsio* fut le terme sacramentel : *spondesne decem dare ? spondeo*. Plus tard, pour permettre la stipulation aux pérégrins, on admit des termes équivalents : *promit-*

Digitized by Google

*tis ? promitto* ; *dabis ? dabo* ; *fide jubes ? fide jubeo*. A l'époque classique, les parties furent libres de traduire ces locutions latines dans une langue étrangère, à la seule condition de se comprendre réciproquement. Mais la *sponsio* resta propre aux citoyens romains jusqu'au jour où l'Empereur Léon supprima toute solennité de paroles, tout en laissant subsister la nécessité de la question et de la réponse. Cette première condition rendait la stipulation inaccessible aux muets et aux sourds.

2° *Concordance entre la demande et la réponse*. — Si le défaut de concordance porte sur l'objet même du contrat, par exemple, vous me promettez l'esclave Stichus alors que je stipulais de vous l'esclave Pamphile, l'acte sera nul faute de consentement, et il en sera ainsi toutes les fois que l'accord des volontés n'aura pas pu se former. Mais ce point appartient plutôt à la théorie du consentement qu'au mécanisme de la stipulation. Le promettant ne pouvait, dans sa réponse, ni changer ni diminuer la chose stipulée. Si l'on avait dit : *spondes-ne fundum ? spondeo dimidiam partem*, l'opération était nulle. Dans le cas où le défaut de concordance portait sur la quantité, par exemple, vous me promettez cinq alors que je stipulais dix, l'acte était nul pour le tout, suivant Gaïus, valable jusqu'à concurence de cinq, suivant Paul et Ulpien. L'opinion de Gaïus reposait sur l'indivisibilité de la pensée du stipulant, celle de Paul et Ulpien sur la concordance de la demande et de la réponse dans une certaine mesure. Mais, les jurisconsultes classiques apportèrent un tempérament à ces principes, en décidant que toute divergence entre l'interrogation et la réponse serait effacée et, par, suite, la stipulation validée, par un pacte modificatif ajouté *in continenti*.

3° *Continuité entre l'interrogation et la réponse*. — La stipulation devant former un tout ne saurait comporter l'écoulement d'un long intervalle ou la conclusion d'une autre opération juridique entre la demande et la réponse.

4° *Présence des parties dans un même lieu*.

**Preuve de la stipulation**. — Suivant un principe général et commun à tous les contrats, c'est à celui qui se prévaut d'une stipulation d'en établir l'existence et la régularité. Cette dé-



Digitized by Google

monstration peut être faite par écrit, par témoins, par l'aveu de l'adversaire, par serment et même par de simples présomptions. La preuve écrite devint la plus usitée, à l'époque classique : les parties trouvaient dans l'écrit un moyen facile de se soustraire aux formalités légales, en y mentionnant une interrogation et une réponse solennelles qui, en réalité, n'avaient pas été faites. Mais la preuve contraire était toujours recevable contre l'écrit, et le défendeur pouvait en détruire la force probatoire en établissant son absence au jour de la prétendue stipulation. Ainsi une preuve littérale pouvait être combattue par une preuve testimoniale. Le droit français ne permet pas, au contraire, de prouver par témoins outre et contre le contenu aux actes authentiques ou sous seing privé.

Justinien, comprenant tout le danger de ce système, chercha à y remédier en décidant que, dans le cas où l'écrit constaterait l'accomplissement des solennités et la présence des parties, le débiteur ne pourrait renverser la présomption de vérité résultant de cet acte qu'en prouvant, par un écrit contraire et des témoins irréprochables, que l'une des parties était absente du lieu indiqué pendant toute la durée du jour de la conclusion du contrat. Les parties purent, dès lors, par leur accord mutuel, remédier aux vices de forme d'une stipulation irrégulière, ou même se dispenser des solennités légales. Ainsi le contrat *verbis* pouvait dégénérer, par la volonté des parties, en un contrat consensuel.

**Effets généraux de la stipulation.** — La stipulation est un contrat unilatéral. Si les parties veulent s'obliger réciproquement, elles n'ont qu'à faire deux stipulations successives en sens inverse ; mais il y aura là deux opérations distinctes, produisant chacune une obligation.

C'est un contrat de droit strict : on n'a pas à rechercher, à l'origine, l'intention des contractants en dehors des paroles solennelles employées. Mais, plus tard, le préteur, pour imposer le respect de la bonne foi au débiteur, permit d'adjoindre au contrat une stipulation spéciale, la *clausula doli ;* et nous voyons, à l'époque classique, cette clause devenir l'accessoire de toute obligation.

Digitized by Google

La stipulation engendre une action de droit strict, la *condictio*, *condictio certæ pecuniæ*, si elle a pour objet la *datio* d'une somme d'argent déterminée, *condictio certi* ou *de aliâ certâ re*, si elle a pour objet la *datio* d'une chose déterminée autre qu'une somme d'argent, *condictio incerti* ou *actio ex stipulatu*, si elle a pour objet la *datio* d'une chose indéterminée ou une obligation de faire ou de ne pas faire.

**Division des stipulations.** — Les stipulations peuvent être conventionnelles, judiciaires ou prétoriennes.

Les stipulations conventionnelles sont l'œuvre spontanée et libre des parties.

Les stipulations judiciaires sont celles que le juge impose, au cours d'une instance, à l'une des parties, sous peine d'être condamnée, notamment, la *cautio de dolo*, par laquelle le défendeur promet à son adversaire qu'il n'a commis aucun dol relativement à la chose qu'il doit restituer, et la *cautio de persequendo servo restituendo ve pretio*, promesse faite par le défendeur de poursuivre l'esclave en fuite qu'il a usucapé pendant l'instance en revendication ou d'en restituer le prix en cas de faute de sa part.

Les stipulations prétoriennes sont celles qui sont ordonnées par le magistrat, soit au début d'une instance, soit en dehors de tout procès. Telles sont notamment : 1° La *cautio judicatum solvi*, qui consiste dans la promesse de suivre l'instance, éviter tout dol et exécuter la condamnation ; 2° La *cautio legatorum*, promesse que l'héritier fait au légataire dans le cas où son legs ne peut recevoir une exécution immédiate ; 3° La *cautio damni infecti*, ou promesse préalable de réparer un dommage encore éventuel. Elle est fournie, soit dans le cas où le préjudice peut résulter de l'exercice d'un droit réel, par exemple, le propriétaire du fonds dominant veut pénétrer sur le fonds servant pour y faire des travaux nécessaires à la servitude, soit dans le cas où le dommage peut provenir d'un édifice qui menace ruine par suite d'un vice de construction ou du défaut d'entretien. Le plaignant doit prêter le serment *de calumniâ*, c'est-à-dire jurer qu'il n'agit point dans un esprit de chicane. Une clause constante de la *cautio* déclare trans-

Digitized by Google

missibles les droits ou obligations des parties à leurs ayants-cause à titre universel ou particulier. Si le propriétaire de la maison refuse de faire la promesse, le préteur peut, par un premier décret, envoyer le voisin en possession de l'édifice, et, si la résistance se prolonge au-delà d'un certain délai, il peut, par un second décret, transformer cette possession corporelle, simple mesure conservatoire, en propriété bonitaire.

Certaines stipulations interviennent tantôt sur l'ordre du magistrat, tantôt sur l'ordre du juge. Telles sont : 1° la *cautio rem pupilli salvam fore* : elle rentre ordinairement dans les attributions du préteur, mais le juge peut l'ordonner au cours d'un procès ; 2° la *cautio de rato*, par laquelle celui qui plaide comme *procurator* doit promettre la ratification du maître dont il est mandataire.

### *II. — Contrat litteris.*

**Valeur probatoire des registres domestiques :** *arcaria nomina.* — Le chef de famille avait l'habitude d'inscrire, jour par jour, sur un carnet ou livre-journal, *adversaria,* ses recettes et ses dépenses, en un mot, toutes les opérations relatives à son patrimoine, puis, à la fin du mois, de les transporter sur un registre régulier, *Codex* ou *tabulæ*, qui servait de base à l'appréciation des fortunes et était marqué d'un caractère presque religieux. Le *Codex* pouvait, en outre, former en justice un élément de preuve. Ainsi l'inscription sur ce registre d'un *mutuum* d'argent attestait l'existence d'une obligation formée *re* : cette inscription simplement probatoire était appelée *arcarium nomen* ou créance provenant d'une opération de caisse. Il ne faut pas la confondre avec le *nomen transcriptitium*, ou créance provenant d'une opération d'écriture : c'est cette opération d'écriture qui constitue le contrat *litteris*.

**De l'écriture comme mode de contracter** : *nomina transcriptitia.* — Le contrat *litteris* exige, comme tous les autres, la capacité et le consentement des parties, mais il est soumis à des conditions de forme spéciales.

Comment les mentions inscrites sur le *Codex* deviennent-elles, non plus seulement un élément de preuve, mais la source d'une obligation ?

Digitized by Google

L'obligation se forme *litteris* par la simple mention d'un prêt fictif portée par le créancier sur son *Codex*, du consentement du débiteur. C'est cette inscription d'un versement imaginaire qui sert de cause civile au rapport juridique ; l'obligation naît bien *litteris* ; elle ne peut se former *re*, puisqu'il n'y a pas eu de prêt réalisé. Le créancier était admis à établir par tous les moyens de preuve l'adhésion du débiteur. Dans la pratique, on prévenait les contestations en faisant intervenir des tiers comme témoins, *pararii*. D'ailleurs, si le débiteur tient régulièrement son propre *Codex*, l'opération s'y trouvera mentionnée, et cette mention facilitera la preuve.

La fonction du contrat *litteris* est double :

1° En premier lieu, il sert à créer une obligation originaire. Ainsi, pour me faire une donation, me constituer une dot, m'ouvrir un crédit, opérations qui ne supposent pas entre nous un rapport de droit préexistant, vous n'avez qu'à me permettre d'inscrire sur mon *Codex*, à la colonne de l'*expensum*, que j'ai dépensé cent, mille, pour votre compte : *expensum Titio centum*. L'obligation est née, vous êtes mon débiteur, vous serez obligé de restituer, comme si vous aviez réellement reçu. Ce premier rôle du contrat *litteris* lui a fait donner le nom d'*expensilatio*.

2° En second lieu, il sert à remplacer une obligation ancienne par une obligation nouvelle. Ce second rôle lui a valu le nom de *transcriptio* et aux créances qui en découlent celui de *nomina transcriptitia*. Gaïus nous signale deux cas de *nomina transcriptitia* : *transcriptio à re in personam*, *transcriptio à personâ in personam*.

*Transcriptio à re in personam* : cette *transcriptio* a lieu lorsque, étant mon débiteur en vertu d'un contrat antérieur, par exemple, vente, louage, société, *mutuum*, vous convenez avec moi de transformer votre dette en une obligation nouvelle formée *litteris*. L'opération se présente, dans ce cas, sous un double aspect : le créancier inscrit à la colonne de l'*acceptum* la somme à lui due en vertu du premier contrat, et il la porte à la colonne de l'*expensum* comme dépensée pour le compte de son débiteur : *acceptum à Titio centum* ; *expensum Titio cen-*

Digitized by Google

*tum*. D'un côté, il y a paiement fictif, de l'autre, prêt fictif, et le débiteur d'un prix de vente, par exemple, est désormais obligé *litteris*. Le créancier trouvait, dans cette *transcriptio*, le moyen de substituer à un contrat de bonne foi un contrat de droit strict. On connait l'exemple, cité par Cicéron, de ce banquier qui, après avoir fait une vente dolosive, se hâte, pour échapper à l'action de bonne foi, de conclure le contrat *litteris*, où tout s'apprécie strictement. Quant à la conversion du *mutuum*, elle dispense le créancier de prouver sa propriété et le fait de la *mutui datio*. Cette *transcriptio* est dite *à rē in personam*, parce que la cause de l'obligation se trouve seule modifiée.

*Transcriptio à personâ in personam :* cette *transcriptio*, qui présente un changement dans la personne du débiteur, a lieu lorsque, de votre assentiment, je porte sur mon *Codex*, comme reçu, *acceptum*, cent, mille, de mon débiteur, et comme dépensé, *expensum*, cent, mille, pour votre compte. Mon ancien débiteur sera libéré, et c'est vous qui serez obligé. Si mon débiteur est en même temps votre créancier, vous pourrez m'être délégué par lui ; la *transcriptio* servira ainsi à opérer une délégation. Il y a toujours paiement et prêt fictifs. Cette *transcriptio* permettait, comme notre lettre de change, de faire circuler les créances sans déplacer le numéraire.

**Parallèle avec la stipulation**. — Le contrat *litteris* est, comme la stipulation, un mode général de s'obliger, solennel, unilatéral et de droit strict ; l'étendue de l'obligation dépend de l'écriture et non de l'intention des parties. Toutefois, le préteur permit au débiteur, en cas de dol du créancier, de lui opposer l'*exceptio doli*.

Les principales différences qui séparent ces deux modes de contracter sont :

1° La portée de l'*expensilatio*, comme mode général de contracter, est beaucoup moins absolue que celle de la stipulation : en effet, simulacre du prêt d'argent, elle ne peut engendrer qu'une obligation ayant pour objet une somme d'argent déterminée et produit nécessairement la *condictio certæ pecuniæ*.

Digitized by Google

2° Les personnes qui n'ont pas de *Codex*, fils de famille, esclaves, ne peuvent acquérir, par l'*expensilatio*, un droit de créance pour le chef de famille ; elles peuvent, au contraire, au moyen de la stipulation, obliger les autres envers le chef de famille.

3° Le contrat *litteris*, à la différence de la stipulation, exclut la condition expresse, puisqu'il suppose le fait actuel d'une numération d'argent.

4° Le contrat *litteris* est accessible aux absents, aux muets, aux sourds ; la stipulation, au contraire, exige la présence et les paroles des parties.

5° Le contrat *litteris* ne peut servir à nover une dette. La *transcriptio*, en effet, suppose deux actes distincts, un paiement et un prêt fictifs. Or, nover, c'est stipuler ce qui est dû : la novation est donc le résultat d'une opération unique, à la fois extinctive et créatrice.

6° Les pérégrins ne pouvaient devenir créanciers *litteris*, puisqu'ils n'avaient pas de *Codex*. Pouvaient-ils devenir, par ce moyen, débiteurs d'un citoyen romain ? Les textes leur interdisent de s'obliger par la *transcriptio à personâ in personam ;* quant à la *transcriptio à re in personam*, il y avait dissidence entre les jurisconsultes. Nous savons, au contraire, que la stipulation entra de bonne heure dans le domaine du droit des gens.

**Des syngraphæ et des chirographa.** — Le *syngrapha* est un écrit sur feuille volante, redigé en double et signé des deux parties ; le *chirographum* un écrit ou billet signé du débiteur seul et devant rester entre les mains du créancier. On a conjecturé que ces sortes d'écrits, employés par les pérégrins, devaient remplacer pour eux l'*expensilatio* : Gaïus, en effet, semble l'affirmer quand il dit que ce fut là une espèce d'obligation propre aux pérégrins, *quod genus obligationis proprium peregrinorum est*. Toutefois, d'après une opinion assez répandue, ces écrits n'étaient, pour les pérégrins, qu'un moyen de preuve, et non une forme de s'obliger. Quoiqu'il en soit, les Romains introduisirent dans leur législation ces sortes d'écrits comme moyen de preuve.

Digitized by Google

**Sort du contrat litteris.** — Ce mode de contracter fut surtout en honneur vers la fin de la République ; mais, dès les premiers temps de l'Empire, son usage devient moins fréquent, et, à la fin de l'époque classique, il n'y a plus guère que les banquiers, *argentarii*, qui conservent l'emploi du *Codex* ou *tabulæ*. L'usage du constitut, convention qui consiste à prendre jour pour payer une dette préexistante, devait porter un coup mortel à l'*expensilatio*. Comment donc expliquer que les Institutes parlent encore d'un contrat *litteris*, qui existerait sous Justinien : *fit ut hodiè scripturâ obligetur?* On va comprendre aisément le sens exact de ces termes. Voilà une personne qui, voulant emprunter une somme d'argent, signe au profit de celui qui va devenir son prêteur une reconnaissance écrite du versement des deniers, qui n'a pas eu lieu. L'écrit est simplement probatoire ; l'acte générateur de la créance, c'est le prêt y constaté. Une fois nanti de cette preuve, le créancier refuse de verser les fonds et intente une action en restitution contre son prétendu débiteur. La jurisprudence prétorienne accordera au débiteur ainsi trompé l'exception de dol, mais il devra justifier cette exception, en vertu du principe *reus in excipiendo fit actor*. Les empereurs du troisième siècle, dans le but de prévenir des fraudes assez fréquentes chez les prêteurs d'argent, dérogèrent au principe que le défendeur doit établir le bien-fondé de ses exceptions, en décidant que le créancier serait tenu de prouver qu'il avait réellement compté les espèces. Désormais, donc, le débiteur trompé aura à son service l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, tirée du défaut de numération des deniers. Cette exception temporaire ne peut être invoquée que dans les cinq ans qui suivent la rédaction de l'écrit ou la formation du contrat, à l'origine, et dans les deux ans, depuis Justinien. Durant ce délai, le débiteur impoursuivi peut prendre les devants et intenter une *condictio* aux fins de restitution du billet imprudemment souscrit, et c'est au créancier défendeur à démontrer la numération des espèces. Dans le dernier état du droit, le débiteur a même deux moyens de rendre l'exception perpétuelle, c'est de faire, dans le délai de deux ans, une déclaration sur les registres du

Digitized by Google

magistrat ou une *denuntiatio* au créancier. Mais, s'il a laissé passer le délai légal sans opposer l'exception ou réclamer sa libération, il est désarmé, son silence a pris la valeur d'un aveu, et le prêt est censé avoir été fait. L'emprunteur se trouve ainsi irrévocablement obligé, non pas par un écrit, comme semble le dire Justinien, mais *ex mutuo*, en vertu d'un prêt d'argent légalement présumé. L'écrit ne fait que faire présumer, d'une façon désormais invincible, le contrat préexistant de *mutuum*. La conclusion, c'est que, sous Justinien, il n'existe plus d'obligation *litteris*, et s'il a cru devoir parler encore d'un contrat *litteris*, c'est pour être fidèle à la tradition historique et par amour de la symétrie.

### Section III. — Conditions de fond essentielles à la validité des contrats.

Ces conditions générales et communes à toutes les conventions sont au nombre de trois : la capacité de contracter, le consentement des parties, l'objet.

#### I. — *Capacité des parties.*

La capacité civile, que l'on ne doit pas confondre avec la capacité naturelle ou capacité de consentir, est l'aptitude légalement requise pour contracter. La capacité est la règle, l'incapacité l'exception : il n'y a d'incapables que ceux que la loi déclare tels. En outre, l'incapacité peut être générale ou spéciale, suivant qu'elle s'applique à tous les contrats ou seulement à certains contrats déterminés.

**Incapacités générales.** — *Esclaves.* — En principe, l'esclave, qui n'est, aux yeux du droit civil, qu'une chose, *res mancipi*, n'a aucune capacité personnelle de contracter activement ou passivement. Mais, instrument d'acquisition pour le maître, il le rend valablement créancier, et sa capacité contractuelle est alors toute d'emprunt : c'est le maître qui le personnifie juridiquement ; c'est lui qui est censé stipuler. Dès lors, l'esclave sans maître ne peut jouer le rôle de stipulant, et l'esclave d'un pérégrin ne peut employer la formule réservée aux citoyens romains. Mais l'incapacité naturelle du maître,



Digitized by Google

c'est-à-dire l'obstacle de fait qui ne lui permet pas d'exercer ses droits, *infantia*, démence, mutisme ou surdité, n'empêche aucunement l'esclave de stipuler pour le compte de l'incapable. Ainsi, donc, que l'esclave ait stipulé pour lui-même,pour son maître, pour une personne soumise à la puissance du maître, ou impersonnellement, la créance passe toujours au maître, à son insu et malgré lui.

L'identité de personne juridique empêche l'esclave de stipuler efficacement du maître ou d'une personne soumise à sa puissance, car on ne peut avoir d'action contre soi-même. Toutefois, on admettait, dans ce cas, au profit de l'esclave, une obligation naturelle.

Par contre, l'esclave ne peut jamais être un instrument d'obligation pour le maître ; la dette qu'il aurait contractée ne subsisterait même à la charge de l'esclave qu'en qualité d'obligation naturelle. En principe, il n'oblige pas le maître, même sur son ordre. Toutefois, le préteur dut créer des actions spéciales, *adjectitiæ qualitatis*, contre le maître qui avait donné à son esclave l'ordre exprès ou tacite de l'obliger ou qui avait tiré profit de l'opération.

*Fils de famille.* — Il faut distinguer entre le fils de famille pubère, le fils de famille impubère et la fille de famille.

Le fils de famille pubère a une personnalité juridique qui lui est propre, et, par suite, la pleine capacité contractuelle. Mais, comme il n'a pas de patrimoine, les créances qu'il acquiert entrent dans celui du *paterfamilias*. L'institution des pécules modifia cette théorie rigoureuse.

Si le fils de famille pubère devient débiteur, il s'oblige lui-même civilement, sans pouvoir obliger le père. Mais le créancier devra attendre, pour le poursuivre, la dissolution de la puissance paternelle. Dans ces conditions, on conçoit aisément que le fils de famille pubère eût peu de crédit.

Le fils de famille impubère, c'est-à-dire de 7 à 14 ans, peut rendre son père créancier, mais non débiteur. Il ne peut personnellement s'obliger même avec l'assistance de son père. Au contraire, l'impubère *sui juris*, le pupille, s'oblige valablement *tutore auctore*. Le raison de la différence, c'est que

Digitized by Google

l'impubère *alieni juris* n'a pas de fortune propre et que le père n'a pas à compléter une personne qui se confond avec la sienne. Quant au pupille, l'intérêt de ses biens réclamait pour lui une capacité qui aurait été inutile au fils de famille impubère.

La fille de famille impubère est assimilée à l'impubère *alieni juris*. Quant à la fille de famille pubère, elle est incapable de s'obliger, à l'origine ; car elle ne saurait avoir une capacité que la loi ne reconnaît ni à la femme pubère en tutelle perpétuelle, ni à la femme *in manu*. On ne pouvait permettre à la fille de famille de compromettre à l'avance, en s'obligeant, l'effet de la tutelle, qui était de conserver le patrimoine des femmes dans la famille civile. Mais, quand la tutelle perpétuelle fut tombée en désuétude, la fille de famille pubère eut la même capacité que le fils de famille pubère.

*Personnes en tutelle ou curatelle.* — Le pupille sorti de l'*infantia*, les femmes pubères en tutelle perpétuelle, les prodigues interdits, les mineurs de vingt-cinq ans pourvus d'un curateur, peuvent rendre seuls leur condition meilleure, devenir créanciers, mais ont besoin de l'*auctoritas* du tuteur ou du *consensus* du curateur pour rendre leur condition pire, devenir débiteurs.

**Incapacités spéciales**. — Voici les cas d'incapacités spéciales les plus intéressants : 1° Les administrateurs des biens d'autrui, tuteur, curateur, mandataire, ne peuvent acheter ni par eux, ni par personnes interposées, les biens dont ils ont la gestion ; 2° Le fils de famille ne peut figurer comme débiteur dans un prêt d'argent, d'après le sénatus-consulte Macédonien ; 3° La femme ne peut s'obliger dans l'intérêt d'autrui, d'après le sénatus-consulte Velléien ; 4° Les muets et les sourds ne peuvent figurer dans la stipulation ; 5° Les pérégrins purent, de bonne heure, jouer un rôle actif ou passif dans la stipulation, du moins, avec une formule autre que celle de la *sponsio* ; mais, n'ayant pas de *Codex*, ils ne purent, tout comme les personnes *alieni juris*, acquérir de créances *litteris*.

Digitized by Google

## II. — *Consentement.*

Cet élément nécessaire de la convention existe dès que la proposition faite par l'une des parties a été acceptée par l'autre. En dehors de la stipulation, la loi ne soumet la manifestation des volontés à aucune forme d'expression : le consentement peut être verbal ou écrit, donné *per epistolam* ou *per nuntium*, exprès ou tacite. A Rome, les contrats par correspondance étaient rares ; c'est pourquoi les documents nous manquent pour connaître à quel moment précis le contrat *inter absentes* était formé : était-ce au moment où l'offre était acceptée, ou seulement après que l'acceptation avait été connue de l'auteur de l'offre ? Il est à présumer que la question était controversée. En droit français, on considère généralement que l'acceptation de l'offre rend le contrat parfait dès l'instant où elle a lieu, et non pas seulement à partir du moment où elle parvient à la connaissance de l'auteur de l'offre : ainsi, vous m'offrez de me vendre votre cheval pour mille francs ; j'accepte par lettre : dès que la lettre a été déposée à la poste, le contrat est formé, et les risques sont pour moi. La raison en est que mon acceptation a été annoncée par un moyen de transmission qu'il ne dépendait plus de moi d'arrêter, et qu'en outre la poste représente, non celui qui a écrit la lettre, mais le destinataire.

Le consentement peut être tacite : tel est le cas de la tacite reconduction : si, après l'expiration du bail, le locataire est laissé en possession et jouissance, il se forme implicitement un nouveau contrat de bail.

L'acceptation tacite peut s'induire également de l'exécution de la convention, par exemple, l'entrepreneur auquel j'ai fait une offre, se met à l'œuvre, ou du caractère de générosité et de faveur de l'offre, par exemple, je vous fais offre de remise de dette.

Dans l'hypothèse d'offres évaluées et permanentes aux regards du public, par exemple, l'étalage de marchandises à prix fixe, dès que l'offre aura été acceptée, le contrat sera formé.

Digitized by Google

Il peut arriver que le consentement fasse absolument défaut, ou qu'il soit seulement infecté de vices qui l'altèrent plus ou moins profondément.

Si le consentement fait absolument défaut, le lien juridique ne se forme pas, le contrat est inexistant : c'est ce qui se produit en cas d'*infantia*, de démence, d'ivresse complète, ou de délire de l'une des parties. Dans tous ces cas, l'homme étant privé de discernement, n'est pas juridiquement capable de volonté. Ainsi encore, il n'y aurait pas de contrat, dans le cas de violence physique : par exemple, on a fait signer un billet à quelqu'un en lui forçant la main.

Il en serait de même de la convention conclue avec une personne qui y aurait consenti, non dans l'intention de s'obliger, mais par pure plaisanterie ou par simple supposition.

L'erreur, ou croyance contraire à la vérité, est destructive du consentement dans trois cas : 1° Lorsqu'elle porte sur la nature de la convention : j'ai voulu vous louer ma maison ; vous avez cru que je vous la vendais ; 2° Lorsqu'elle porte *in corpore*, sur l'identité individuelle de la chose due : vous vous êtes mépris sur l'identité de la maison que je voulais vous vendre ; 3° Lorsqu'elle porte *in personâ*, sur l'identité physique de l'un des contractants ; cette erreur ne se conçoit guère que dans les contrats où le consentement peut se transmettre par intermédiaire : par exemple, vous m'apportez comme messager le consentement de Séius, je vous prends pour un messager m'apportant celui de Titius. Dans ces trois cas, l'opération est l'œuvre d'une volonté unique.

**Des vices du consentement.**— Les vices du consentement, c'est-à-dire les causes qui l'infirment sans le supprimer, sont l'erreur, lorsqu'elle est assez grave sans être destructive du consentement, le dol, la violence, la lésion. Ces vices ne font pas obstacle à la formation du contrat et n'en causent pas la nullité. Mais le préteur vient corriger sur ce point la rigueur du droit civil, en accordant, dans certains cas, à la partie dont le consentement a été vicié, des actions, exceptions ou recours qui lui permettent d'échapper à l'exécution ou aux conséquences du contrat, actions ou exceptions de dol, *quod metûs*

Digitized by Google

*causâ, restitutiones in integrum propter errorem, propter dolum, propter metum.*

*Erreur.* — L'erreur vicie le consentement, notamment, dans les trois cas suivants : 1° Lorsqu'elle porte *in substantiâ*, c'est-à-dire sur la composition physique ou les qualités essentielles de la chose : par exemple, on achète pour un chandelier d'or un chandelier de cuivre ; je vous vends la nue-propriété d'un bien dont l'usufruitier est mort la veille, à mon insu, il y a erreur de ma part sur une qualité substantielle de la chose : je la croyais grevée d'usufruit, et, en réalité, elle ne l'était plus ; 2° Lorsqu'elle porte sur la condition sociale ou civile de la personne du contractant : par exemple, je loue ma maison à Titia, que je croyais de bonnes vie et mœurs, et c'est une prostituée ; je vous ai confié mon portrait, croyant que vous étiez tel peintre en renom. Dans ces cas, on a traité *intuitu personæ*, en considération de la personne ; 3° Lorsqu'elle porte sur le motif déterminant du contrat : par exemple, je vous promets cent pour éteindre une dette dont je me crois tenu et qui n'existe plus.

Dans tous ces cas, l'erreur est indifférente à la formation du contrat ; car les deux volontés, bien que mues par des considérations fausses ou inexactes, se sont mises d'accord pour la conclusion du contrat. Toutefois, dans la vente, Ulpien fait de l'erreur *in substantiâ*, portant sur les qualités substantielles de la chose, une cause de nullité. Au surplus, la *condictio indebiti* était donnée à celui qui avait payé par erreur ; et, dans tous les contrats de bonne foi, le juge pouvait apprécier d'après l'équité l'intention des parties. Ajoutons que, dans certains cas dignes d'intérêt, le préteur accordait ses moyens de défense ou de recours.

*Dol.* — Le dol peut se définir : Toute manœuvre frauduleuse, destinée à induire une partie en erreur, à l'occasion d'un contrat. C'est un vice du consentement, quand ce sont les manœuvres dolosives pratiquées par l'une des parties qui ont entraîné l'autre à contracter.

Le dol n'était pas pris en considération par le droit civil. Mais le préteur accorda à la victime les moyens de recours ou de dé-

Digitized by Google

fense qui nous sont déjà connus. Au surplus, dans les contrats de bonne foi, ou même dans les contrats de droit strict, quand le créancier avait pris soin de faire ajouter la *stipulatio* ou *clausula doli*, le juge pouvait apprécier l'existence et les effets du dol.

On ne peut pas opposer à un cocontractant, pour obtenir la rescision du contrat ou des dommages-intérêts, le dol émané d'un tiers : en effet, si c'est un tiers qui a induit l'une des parties en erreur, l'autre partie ne peut supporter les conséquences d'un acte qu'elle n'a pas commis ; mais il pourra y avoir lieu à action de dol contre l'auteur des manœuvres frauduleuses.

*Violence.* — Il y a violence dans tout acte de nature à amener une partie à consentir, sous l'empire de la crainte. Il résulte de la violence une impression de crainte, *metus*, qui vicie le consentement. Il ne s'agit pas ici de la contrainte physique, qui exclut le consentement, mais de la contrainte ou violence morale, telle que la menace.

Cette violence doit présenter trois caractères : 1° Elle doit être sérieuse et de nature à faire impression sur une personne raisonnable ; 2° Elle doit faire craindre un danger imminent pour la partie contractante, sa fortune, son honneur, ses proches ; 3° Elle doit être illicite, *contra bonos mores* : elle ne peut donc résulter de l'exercice d'un droit légitime, par exemple, étant créancier de votre fils, je vous prie de le cautionner, ou, sinon, je fais vendre ses biens.

La seule crainte révérentielle envers les ascendants ne peut être assimilée à la crainte provenant de la violence ou menace.

Le droit civil maintient le contrat sans se préoccuper de la violence, conformément à l'adage *coactus voluit, sed voluit.* Mais le préteur vint corriger cette rigueur en donnant, dans les contrats de droit strict, l'action et l'exception *quod metus causa* et la *restitutio in integrum.* Dans les contrats de bonne foi, le juge put toujours prononcer la rescision du contrat ou la réparation du préjudice.

Une différence importante entre la violence et le dol, est que la victime de la crainte peut opposer à son cocontractant

Digitized by Google

la violence provenant même du fait d'un tiers : la raison en est que la victime de la violence n'a rien à se reprocher, tandis que la victime du dol avec plus de circonspection aurait bien souvent déjoué la fraude.

*Lésion.* — La lésion consiste dans le préjudice qui résulte, pour l'une des parties, d'un contrat intéressé, où les prestations n'ont pas été équivalentes. La lésion est le plus souvent un indice que le consentement n'a pas été libre : c'est, la plupart du temps, sous la pression d'un vif besoin d'argent que le contractant accepte un mauvais marché. En principe, la lésion n'est pas une cause de rescision des conventions ; les Romains appellent même *bonus dolus* l'habileté qui consiste à se procurer une bonne affaire juridiquement irréprochable. Mais le préteur accorda la *restitutio in integrum* au mineur de vingt-cinq ans et au pupille lésés. Dioclétien admit la rescision de la vente pour cause de lésion d'outre-moitié.

### III. — *Objet.*

L'objet du contrat, c'est l'obligation, mais, comme l'obligation suppose un objet, une prestation due, on entend par objet du contrat la *res solvenda* : *id quod debetur*. Cet objet peut être un *dare* ou transfert d'un droit réel, un *facere* ou fait actif ou négatif, ou un *præstare* ou livraison d'une chose sans transfert de droits réels. Au fond, toute obligation se réduit à faire ou à ne pas faire : agir ou ne pas agir, c'est là tout le but des obligations. Ainsi, n'est-ce pas accomplir un fait que de transférer la propriété à son créancier ?

L'objet du contrat peut porter sur une chose corporelle ou incorporelle, sur l'usage, la possession ou la jouissance d'une chose.

**Caractères généraux de l'objet.** — L'objet, *res solvenda* ou fait promis, doit remplir cinq conditions : il doit être déterminé, licite, possible, offrir au créancier un intérêt appréciable en argent et résulter d'un fait personnel au débiteur.

1° Il faut que l'objet soit *déterminé* ou *certain* : à défaut de ce caractère, il n'y aurait pas d'obligation, parce que le débiteur serait maître de sa dette. Ainsi seraient nulles les promes-

Digitized by Google

ses de livrer un animal ou du blé, de construire une maison sans indication de lieu ; car le débiteur pourrait se libérer d'une façon dérisoire ou sans profit pour le créancier.

Quand l'obligation porte sur un genre, il faut que la quantité de la chose soit suffisamment déterminée pour qu'elle ne dépende pas de l'arbitraire des contractants : ainsi, si je vous vends le blé qui est dans mon grenier, l'objet est suffisamment déterminé.

L'objet peut ne pas être déterminé dès l'origine ; mais, il faut alors que le contrat règle la manière de le déterminer, de telle sorte qu'il soit désormais indépendant de la volonté des parties : ainsi, on peut laisser la fixation d'un prix de vente à l'arbitrage d'un tiers désigné ; mais ici le lien juridique n'est que conditionnel, car la personne ainsi choisie ne pourra ou ne voudra peut-être pas fixer le prix.

La convention serait-elle valable, si elle abandonnait la fixation du prix à l'acheteur, par exemple, je vous vends ma maison au prix que vous voudrez ? L'objet est, croyons-nous, suffisamment déterminé. Si l'acquéreur fixe une somme dérisoire, le vendeur ne pourra s'en prendre qu'à lui-même.

2° L'objet doit être *licite* : il est illicite quand il constitue un délit ou un acte contraire aux bonnes mœurs : telles sont les promesses de commettre un homicide, un sacrilège, de faire partie d'une société de contrebande. L'obligation est frappée de nullité radicale.

3° L'objet doit être *possible* : *impossibilium nulla est obligatio*. Il y a impossibilité *physique*, lorsqu'il ne peut exister ou n'existe plus : le débiteur promet un hippocentaure, un esclave mort, une maison incendiée. Mais la difficulté d'exécution ne constitue pas l'impossibilité : ainsi, celui qui promet la chose d'autrui se trouve dans l'obligation de la procurer au créancier ou de lui en payer l'estimation. On peut promettre une chose qui n'existe pas encore, *res futura,* pourvu qu'elle soit possible : la récolte de l'année prochaine, l'enfant qui naîtra de mon esclave, ma pêche de demain ; mais alors l'obligation est conditionnelle. — Il y a impossibilité *juridique*, lorsqu'une règle de droit s'oppose à l'accomplissement de la prestation : ainsi,



Digitized by Google

sont nulles, à raison de l'impossibilité juridique, la promesse d'abdiquer un élément essentiel de la liberté individuelle, par exemple, de ne pas se marier ; la promesse de s'abstenir d'un fait légalement obligatoire, par exemple, pour un juge, de ne pas juger ; la promesse de donner une chose qui est hors du commerce. Il y a des choses qui sont hors du commerce d'une façon absolue, c'est-à-dire échappent à toute appropriation privée : telles sont les *res publicæ*, les *res nullius*, l'homme libre. Il y en a d'autres qui sont hors du commerce relativement à certaines personnes déterminées, c'est-à-dire ne peuvent entrer dans leur patrimoine : tels sont les fonds provinciaux à l'égard du gouverneur de la province. Mais si le gouverneur ne peut se rendre créancier d'un fonds situé dans son ressort, il peut valablement s'en rendre débiteur, de même que toute personne peut promettre la chose d'autrui : dans ce cas, le gouverneur devra s'efforcer de faire acquérir la chose au créancier, sous peine d'en payer la valeur estimative.

Serait nulle, encore, comme heurtant un texte de loi, la convention entre un héritier présomptif et une tierce personne sur une succession future, c'est-à-dire non ouverte. Les Romains disaient que cette convention contenait un souhait de mort, *votum mortis* : il y a, en effet, quelque chose de choquant dans le fait de disposer des dépouilles d'une personne encore vivante. En outre, autoriser de pareilles conventions, c'eût été mettre le désordre dans l'organisation de la famille et des successions. Les héritiers présomptifs, sous l'influence de divers sentiments qu'il est facile d'exploiter, se laissent aller aisément à escompter leurs prétentions dont la réalisation dépend d'une éventualité éloignée. Toutefois, on pouvait faire brèche à cette règle en obtenant le consentement du *de cujus* ou en contractant une société universelle de biens présents et à venir. Le Code civil interdit tout pacte sur succession future, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ; en outre, il prohibe toute convention tendant à faire entrer dans une société universelle la propriété des biens provenant d'une succession future.

Les Romains n'avaient pas entendu, toutefois, que toute con-

Digitized by Google

vention, supposant un calcul sur les chances de décès d'une personne, dût être nécessairement nulle : ainsi étaient valables le contrat de rente viagère, la vente d'un bien sous réserve d'usufruit, bien que ces actes offrent une espèce de spéculation sur la vie humaine. Mais, la différence entre ces conventions et celles que la loi prohibe, c'est que, dans ces deux cas, on ne dispose pas des dépouilles d'une personne vivante, et que la rente viagère et la vente sous déduction d'usufruit sont, la plupart du temps, des opérations de prévoyance, au lieu que les pactes sur succession future sont souvent des opérations d'imprévoyance. Il en est de même aujourd'hui du contrat d'assurance sur la vie : c'est un contrat sage, prudent, moral, qui mérite d'être encouragé. En substance, pour qu'une convention sur succession future soit nulle, il ne suffit pas qu'elle ait été faite en vue d'un décès ou des chances d'un décès, il faut encore qu'elle contienne disposition, par renonciation ou transmission, des biens qui composeront une succession.

L'obligation portant sur un objet physiquement ou juridiquement impossible est radicalement nulle ; il en découle une double conséquence : 1° La cessation de l'impossibilité dans l'avenir n'effacerait pas la nullité originaire, suivant la règle qu'il faut se reporter au jour de la formation d'un contrat pour en apprécier la validité, *quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest* : ainsi, la promesse d'une *res sacra* restera nulle, alors même que la *res sacra* deviendrait profane. Ce serait même en vain que l'on subordonnerait conditionnellement le sort du contrat à la disparition de l'obstacle, par exemple, en ces termes : *illum locum, quum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes* ? Il est, en effet, de principe, que l'apposition d'une condition ne saurait valider un contrat nul par son objet ; 2° Non seulement le créancier n'obtiendra pas la prestation promise, mais il n'obtiendra pas même, en principe, une indemnité pécuniaire. Toutefois, à cet égard, il y a lieu de distinguer entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi. Dans les contrats de droit strict, le principe est inflexible. Mais, dans les contrats de bonne foi, comme la vente, le créancier, qui a contracté dans l'ignorance du vice de

Digitized by Google

l'objet, obtiendra des dommages-intérêts à la place de la chose.

Il peut arriver que l'objet, possible au moment du contrat, devienne par la suite naturellement ou légalement impossible : deux cas sont à prévoir : 1° L'impossibilité d'exécution s'est produite par le fait actif du débiteur, par exemple, le débiteur d'un esclave l'affranchit : dans ce cas, il doit toujours indemniser le créancier ; 2° L'impossibilité d'exécution s'est produite sans le fait actif du débiteur : dans ce cas, si la cause destructive de l'objet est le fait passif, c'est-à-dire la faute ou la négligence du débiteur, il se trouve libéré dans les contrats de droit strict, mais il doit une indemnité dans les contrats de bonne foi : ainsi, le vendeur d'un esclave qui l'a laissé mourir, par défaut de soins, avant la tradition, devra indemniser l'acheteur ; si la cause de suppression de l'objet est fortuite ou de force majeure, par exemple, l'esclave promis meurt, le débiteur est libéré, suivant la maxime *debitor rei certæ interitu rei liberatur*.

4° L'objet doit présenter pour le créancier un *intérêt pécuniairement appréciable* et résulter d'un *fait personnel* au débiteur. A cette double condition correspond la théorie des stipulations et promesses pour autrui.

**Théorie des stipulations pour autrui.** — L'objet doit présenter pour le créancier un intérêt pécuniairement appréciable. L'intérêt est la source et la mesure des actions en justice : pas d'intérêt, pas d'action. En effet, il serait illogique que le stipulant pût agir contre le promettant, s'il manquait d'un intérêt personnel à le poursuivre, en ne devenant pas personnellement créancier. C'est de ce principe que découle la nullité des stipulations pour autrui. On ne peut stipuler pour autrui, en son propre nom : *nemo alteri stipulari potest*. Si donc la créance doit naître sur la tête d'un tiers, par exemple, je stipule de Titius quelque chose ou quelque fait au profit de Séius, *centum Seio dare spondes*, il n'y a pas d'obligation.

Il ne faut pas entendre par là que Séius ne devient pas créancier, c'est là une vérité flagrante : il est étranger au contrat et ne saurait en invoquer les effets, suivant le principe que les

Digitized by Google

conventions n'ont d'effet qu'entre ceux qui les ont faites : *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*. La loi nous permet, sans doute, d'améliorer la condition d'autrui, de le gratifier, de le libérer, mais à la condition que ce soit à nos dépens, non aux dépens d'un tiers.

La nullité de la stipulation pour autrui a donc une portée plus utile : elle signifie que le stipulant lui-même ne devient pas créancier, parce qu'il n'a pas voulu le devenir, et, à défaut d'intérêt, il n'aura pas d'action.

La raison de la règle en indique les limites. En conséquence, toutes les fois que le stipulant pour autrui a un intérêt personnel à l'exécution du contrat, ce contrat devient efficace à son égard. Dans les contrats de droit strict, le lien obligatoire ne se formera que si le stipulant a un intérêt pécuniaire à l'exécution du contrat : ainsi, il a stipulé qu'on fournirait une somme d'argent à son architecte, qui doit lui bâtir une maison, ou à son créancier qui est sur le point de saisir une chose qu'il lui a hypothéquée ; un entrepreneur stipule de certaines personnes qu'elles nourriront et logeront tels ou tels ouvriers ; par l'adjonction d'une clause pénale à la stipulation au profit d'un tiers, on a stipulé accessoirement une somme d'argent en cas d'inexécution de la promesse ; dans ce dernier cas, la stipulation au profit du tiers est la condition d'une autre stipulation faite pour soi-même. Dans les contrats de bonne foi, il est admis que le simple intérêt d'affection permet de poursuivre l'obligation faite au profit d'un tiers : *placuit prudentioribus affectûs rationem in bonæ fidei judiciis habendam*. Cet intérêt moral doit être visible et est laissé à l'appréciation du juge. Par exemple, je vends un esclave avec la clause qu'il ne soit pas dépaysé, *ne exportaretur* : pour l'exécution de cette clause insérée au profit d'un autre que moi, je pourrai me prévaloir de l'action *venditi*. De même, pour assurer des ressources à un vieux serviteur, je conviens avec vous, en vous vendant tel bien, que vous lui servirez une pension annuelle et viagère ; en vous faisant une donation, je conviens avec vous que vous serez tenu d'une prestation au profit d'un tiers : dans cette dernière espèce, la stipulation pour autrui est la condition ou plutôt la charge d'une donation que l'on fait pour son compte.

Digitized by Google

Dans tous ces cas, le stipulant est pécuniairement ou moralement intéressé à l'accomplissement de la prestation ou du fait promis; c'est pourquoi une créance lui est acquise ; mais le tiers au profit duquel il a stipulé n'acquiert aucune créance.

Que décider si l'on a stipulé pour soi et pour un tiers : *spondes-ne decem mihi et Seio* ? Les Sabiniens considéraient comme inutile l'adjonction de Séius et attribuaient pour le tout la créance au stipulant ; les Proculiens, dont l'opinion plus logique fut consacrée par Justinien, annulaient la créance à l'égard de Séius et la validaient pour moitié à l'égard du stipulant.

Il ne faut pas confondre cette stipulation avec une autre formule ainsi conçue : *spondes-ne decem mihi aut Seio* ? Cette opération est valable pour le tout au profit du stipulant, car Séius n'est ici qu'un mandataire chargé de recevoir le paiement de la créance, *adjectus solutionis gratiâ*.

Jusqu'ici, c'est le stipulant seul qui devient créancier ; mais le droit classique, se fondant sur des considérations d'utilité pratique, a admis, dans des cas très rares, il est vrai, que le tiers lui-même pourrait devenir créancier par le fait du stipulant et obtenir une action, dite *utilis*, c'est-à-dire donnée en dehors des principes : ainsi, quand je remets une chose à une personne à titre de dépôt ou de commodat, je puis valablement convenir que le dépositaire ou commodataire restituera cette chose à un tiers que je désigne ; quand je prête de l'argent, je puis, au moyen d'un pacte adjoint au *mutuum*, imposer à l'emprunteur l'obligation de restituer entre les mains d'un tiers désigné. Ces clauses suffisent pour rendre le tiers créancier, même à son insu.

Il est à peine besoin de faire observer, en terminant sur ce point, que la règle *nemo alteri stipulari potest* ne régit point les personnes *alieni juris*, qui acquièrent valablement toutes sortes de créances au *paterfamilias*.

En droit français, s'il n'est pas permis de stipuler pour autrui, en son propre nom, il est permis de le faire au nom d'autrui. C'est le cas de mandat, et le mandant devient créancier.

Digitized by Google

En droit romain, si l'on stipulait pour autrui au nom d'autrui, on était lié personnellement, mais, d'après le principe de la non-représentation, le mandant n'acquérait aucune créance.

**Théorie des promesses pour autrui.** — L'objet doit être un fait personnel au débiteur. Il en découle qu'on ne peut promettre, en son propre nom, le fait d'autrui : *Nemo alienum factum promittere potest.* Si donc je promets à Titius que Séius lui donnera quelque chose, il n'en résulte aucun lien obligatoire. D'abord, il va de soi que Séius n'est pas obligé, suivant la règle que les conventions n'ont d'effet qu'entre ceux qui y ont figuré. Ensuite, et c'est là la portée du principe de la nullité des promesses pour autrui, moi-même, promettant, je ne suis pas obligé personnellement ; je ne devrai rien, même au cas où le tiers refusera d'exécuter la prestation que j'ai promise. La raison en est que je n'ai pas voulu m'obliger moi-même.

Ce motif, qui sert de fondement à la règle, en indique les limites. Si le promettant du fait d'autrui a voulu s'obliger personnellement et en a manifesté l'intention d'une façon non équivoque, l'obligation prendra naissance. Cet engagement personnel du promettant pour autrui sera à présumer dans les contrats de bonne foi ; il devra être exprimé formellement dans les contrats de droit strict.

Les exemples classiques d'engagement personnel du promettant pour autrui sont :

1° La convention de porte-fort : je vous promets de faire en sorte qu'un tel vous donnera cent, *me effecturum, me curaturum ut alius daret.* J'ai promis mon propre fait : je suis engagé à faire tout mon possible pour amener le tiers à vous donner cent. Il ne faut pas confondre la clause de porte-fort avec le cautionnement : lorsque je vous cautionne, je garantis votre obligation, tandisque, lorsque je me porte fort pour vous, je garantis seulement que vous prendrez un engagement. Si vous refusez de prendre cet engagement, il y aura lieu à des dommages-intérêts contre moi. Puis-je, en cas de refus, pour éviter l'indemnité, fournir la prestation ? Oui, si je puis fournir une prestation équivalente, mais il n'en sera pas toujours ainsi : je vous ai promis, par exemple, de faire en sorte que tel peintre fît votre por-

Digitized by Google

trait : dans ce cas, ma promesse ne peut se résoudre qu'en des dommages-intérêts. La clause de porte-fort est très fréquente, en droit français, surtout dans les contrats où figurent des incapables. On vend un immeuble indivis, dont l'un des copropriétaires est mineur. Pratiquement, les copropriétaires majeurs vendent en ce qui les concerne et se portent fort en ce qui concerne la part du mineur.

2° La *stipulatio pœnæ* ajoutée à la promesse : je vous promets que Titius fera telle chose pour vous, et je vous promets cent en dédommagement, s'il n'exécute pas le fait promis.

3° Le cas d'une promesse du fait d'autrui qui ne serait que l'accessoire d'une promesse qu'on souscrit pour soi même : par exemple, en m'obligeant envers vous, je vous promets que j'aurai un tel pour fidéjusseur.

**Différences entre la théorie des stipulations et promesses pour autrui et le principe de la non-représentation.** — L'impossibilité juridique de stipuler ou de promettre pour autrui ne doit pas être confondue avec cette autre impossibilité juridique où se trouve un mandant d'acquérir, d'aliéner, de stipuler ou de s'obliger par un mandataire. Deux grandes différences séparent ces deux théories : 1° Dans les stipulations et promesses pour autrui, les deux contractants ne sont unis par aucun lien de mandat ou de gestion d'affaires au tiers qu'ils veulent rendre créancier ou débiteur ; le principe de la non-représentation éveille, au contraire, l'idée de mandat ou de gestion d'affaires ; 2° Les stipulations ou promesses pour autrui ne font naître aucune obligation ni entre les contractants, ni à l'égard du tiers ; le principe de la non-représentation, au contraire, n'empêche point la naissance d'une obligation, qui s'arrête sur la tête du mandataire, au lieu d'être acquise ou due par le mandant.

### *IV. — De la Cause.*

Il est intéressant de rechercher si les Romains ont connu l'élément que le droit français appelle la *cause* ; il ne faut pas confondre cette cause avec la *causa civilis*, élément solennel ou matériel de certains contrats. La cause du droit français, c'est le pourquoi juridique de l'obligation : *cur debetur ?* C'est le but

Digitized by Google

juridique immédiat de l'obligation. Elle doit être soigneusement distinguée du *motif*, qui en est le but éloigné. La cause est toujours la même dans une convention d'une nature déterminée : dans les contrats unilatéraux à titre onéreux, la cause est dans la prestation qui est faite par l'une des parties : ainsi dans le prêt, l'emprunteur doit parce qu'il a reçu ; dans les contrats bilatéraux à titre onéreux, la cause consiste dans la promesse réciproque des deux parties : je vous achète dix mesures de froment pour deux cent ; je m'oblige à vous verser cette somme pour obtenir livraison du froment. Dans les contrats à titre gratuit, la cause de l'obligation du donateur, c'est le désir de faire une libéralité au donataire. Le motif de l'obligation peut, au contraire, varier à l'infini dans une convention déterminée : ainsi, j'ai acheté le froment, pour ensemencer mes terres, pour l'exporter, pour pourvoir à ma subsistance.

Les Romains n'ont pas eu de théorie sur la cause et ne l'ont pas considérée comme une condition essentielle à la validité des conventions, mais ils en ont souvent appliqué les principes.

Dans les contrats solennels, le droit civil, moyennant l'accomplissement des formalités, considère comme valable l'obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite. Mais l'équité donne au débiteur, pour en paralyser les effets, la *condictio sine causâ*, *ob turpem vel injustam causam*, et l'exception générale de dol : ces moyens lui procurent sa libération ou la répétition de l'indû.

Dans les contrats réels, les Romains annulent la convention pour défaut de livraison, *res*, qui est un élément essentiel de sa formation. C'est bien là, en réalité, une nullité pour défaut de cause : l'*accipiens* ne doit rien parce qu'il n'a rien reçu.

Dans les contrats consensuels, la bonne foi peut être prise en considération par le juge, et, par suite, la convention peut être annulée pour absence de cause, fausse cause, cause illicite.

L'obligation sans cause peut se rencontrer dans le bail, dont la cause successive peut cesser d'exister après la convention : ainsi, la maison que je vous ai louée l'an passé pour trois ans est incendiée : me voilà libéré de l'obligation de continuer à vous

Digitized by Google

procurer la jouissance ; mais vous serez exonéré, vous aussi, pour l'avenir, du paiement des loyers, parce que votre obligation n'a plus de cause, la mienne ayant cessé d'exister.

L'obligation est contractée sur une fausse cause, lorsque la cause est erronée : ainsi, sur la présentation d'un testament de mon père, contenant à votre profit un legs de cent mesures de froment, je vous propose de vous donner mille à la place du froment : vous acceptez et je m'engage à vous payer cette somme. Plus tard, je découvre un testament postérieur contenant révocation du legs fait à votre profit ; l'obligation que j'ai contractée a donc une cause erronée, une fausse cause : je croyais à tort être tenu d'acquitter le legs.

La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Ainsi, un homme s'oblige à payer une certaine somme à une femme comme prix de la promesse que celle-ci lui fait de nouer avec lui des relations irrégulières.

Il y a lieu de remarquer, à cet égard, que le droit romain considérait comme valable l'obligation consentie au profit des proxénètes ou entremetteurs de mariage, qui promettent leurs services, moyennant salaire, pour amener la conclusion d'un mariage. La jurisprudence française annule aujourd'hui comme ayant une cause illicite l'obligation contractée envers les entremetteurs ou les agences matrimoniales.

## Section IV. — Des modalités.

L'obligation conventionnelle peut être affectée de diverses modalités ou manières d'être : elle peut être, notamment, conditionnelle, à terme, cumulative, alternative, facultative, divisible ou indivisible. L'obligation qui n'est soumise à aucune modalité est dite pure et simple et devient juridiquement exigible dès sa naissance ; mais nous verrons bientôt qu'une obligation pure et simple en apparence renferme souvent, par la force même des choses, un terme virtuel.

Digitized by Google

### I. — *De la Condition.*

La condition est tout événement futur et incertain à l'arrivée duquel on subordonne la naissance ou l'extinction d'une obligation contractuelle : elle est donc suspensive ou résolutoire.

**Eléments essentiels.** — La condition doit consister dans un événement futur : il en résulte que si les parties ont fait dépendre l'obligation d'un événement présent ou passé qui leur est inconnu, par exemple, *si Titius vivit* ou *consul fuit*, *dare spondes ?* l'obligation ne sera pas conditionnelle, il n'y aura qu'une simple vérification matérielle à faire : l'incertitude règne, non sur l'existence du droit, mais dans l'esprit des parties. Si donc l'événement présent ou passé s'est réalisé, l'obligation est pure et simple, sinon, elle est non avenue.

Au surplus, l'événement futur doit être incertain : ce caractère distingue la condition du terme, dont l'échéance est toujours inévitable : ainsi, si je promets telle chose si un tel meurt, ce n'est là qu'une obligation à terme, car il n'y a incertitude que sur l'époque de la réalisation de l'événement, et non sur la réalisation même. Mais les probabilités de réalisation ne font pas disparaître la condition : ainsi il y a condition dans le fait de s'obliger *si navis ex Asiâ venerit*, à raison de l'incertitude d'un retour heureux.

**Division des conditions.** — Les conditions peuvent être :

1° *Expresses* ou *tacites :* expresses, lorsqu'elles sont prévues par la convention ; tacites, lorsqu'elles sont implicitement inhérentes à l'obligation, en vertu de la volonté présumée des parties : ainsi la constitution de dot est virtuellement conditionnelle, puisqu'elle est subordonnée à la formation du mariage. Mais la formalité ou l'opération exigée par la loi pour l'acquisition d'un droit, par exemple, l'adition d'hérédité à laquelle est subordonné le legs, n'a de la condition que le nom et laisse le legs pur et simple. Les *actus legitimi*, tels que l'acceptilation, ne comportent aucune condition exprimée, mais ils comportent les conditions tacites, suivant la règle : *expressa nocent, non expressa non nocent.*

2° *Positives* ou *négatives*, suivant qu'elles doivent se réaliser

Digitized by Google

par l'accomplissement ou l'inaccomplissement d'un fait futur et incertain : *si navis ex Asiâ venerit* ou *non venerit*.

3° *Casuelles, potestatives* ou *mixtes* : casuelles, si elles dépendent du hasard ou de la volonté d'un tiers : si tel navire revient d'Asie, si Titius se marie ; — potestatives, lorsqu'elles dépendent de la volonté du créancier ou du débiteur : je vous promets cent si vous abattez tel arbre qui gêne ma vue, je vous promets de vous vendre ma maison de préférence à tout autre si je me décide à l'aliéner. Il ne faut pas confondre avec la condition potestative la condition *purement potestative* sous la forme *si voluero* ou toute autre équivalente. La condition purement potestative de la part du créancier est valable : je m'oblige à vous vendre ce vin cent s'il est de votre goût : c'est la vente *ad gustum*. Mais la condition purement potestative de la part du débiteur annule le contrat, car elle le prive du lien juridique ; ce n'est pas s'obliger que s'obliger si l'on veut ; — mixtes, lorsqu'elles dépendent à la fois de la volonté d'une des parties et de la volonté d'un tiers ou du hasard : si tu te maries avec Titia, si je m'établis à Rome.

4° *Possibles* ou *impossibles*, *licites* ou *illicites* : elles sont impossibles physiquement, quand elles sont contraires à la nature et à l'ordre nécessaire des choses : promettez-vous, si je touche le ciel du doigt ; impossibles juridiquement ou illicites, quand elles sont réprouvées par les lois ou les bonnes mœurs. Sont impossibles juridiquement les conditions qui ne peuvent s'accomplir à raison d'un obstacle légal et d'ordre public : *illum, quum servus esse cœperit, dare spondes ?* Sont illicites celles qui, en fait, peuvent s'accomplir et qui portent atteinte aux lois touchant à l'intérêt général et à l'ordre public, par exemple, aux règles essentielles de la puissance paternelle, qui consistent dans un fait prohibé, tel qu'un homicide, un sacrilège, ou qui tendent à empêcher le libre exercice des facultés individuelles essentielles placées au dessus des conventions privées, par exemple, de se marier, de ne pas se marier, de ne pas divorcer, de ne jamais se vouer à aucune profession.

En thèse générale, la condition physiquement impossible, juridiquement impossible ou illicite est réputée non écrite

Digitized by Google

dans les testaments, qui sont, par suite, considérés comme purs et simples. Le Code civil étend cette règle aux donations. Dans les contrats, elle produit ou non la nullité de l'engagement suivant certaines distinctions :

La condition physiquement impossible est-elle positive : *si digito cælum tetigero, dare spondes ?* elle annule la convention, faute d'un consentement sérieux : ce n'est plus un acte juridique, c'est un acte de plaisanterie ou de démence. Est-elle négative : *si digito cælum non tetigero*, ce n'est plus une vraie condition, puisque l'événement n'est plus incertain ; le contrat est pur et simple.

La condition juridiquement impossible, illicite ou immorale est-elle positive dans la personne du débiteur : promettez-vous cent, si, étant marié, vous renouez des relations avec telle personne, ou promettez-vous cent, si vous tuez, l'obligation est valable, car le but de la condition est moral, c'est d'empêcher par la crainte d'une dette une action honteuse ou criminelle. Est-elle positive dans la personne du créancier : promettez-vous cent, si je tue, ou négative dans la personne soit du créancier soit du débiteur : promettez-vous cent, si je ne tue pas ou si je ne vous calomnie pas; promettez-vous cent, si vous ne tuez pas, le contrat est nul : car, cette créance, tantôt rémunération d'un crime, tantôt prix d'un chantage ou d'une abstention prescrite par les lois ou la morale, tantôt peine d'une abstention imposée également par les lois ou la morale, a toujours une cause inavouable.

L'événement ou fait mis en condition doit être licite ou légal au jour de la convention.

Quelle est la raison de la différence entre le sort des testaments et celui des conventions contenant une condition impossible ou illicite ? C'est, avant tout, la faveur dont les testaments jouissaient à Rome ; ensuite, on peut dire, pour la justifier, que, dans les testaments, le testateur est présumé par la loi tenir surtout à la disposition, à laquelle il aurait sacrifié la condition : il a voulu faire une libéralité ; enfin, dans les dispositions à titre gratuit, l'insertion d'une pareille condition n'est imputable qu'au disposant, et il serait injuste de

Digitized by Google

faire subir les conséquences d'une nullité au bénéficiaire ; dans les dispositions entre-vifs, au contraire, la responsabilité de l'insertion incombe aux deux parties, puisqu'elle est leur œuvre commune : il parait donc assez logique de leur infliger à l'une et à l'autre la nullité du contrat.

**Règles générales relatives à l'accomplissement des conditions.** — Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. En dehors des termes de la convention, il y a lieu de se référer aux quatre règles suivantes :

1° La condition est accomplie ou défaillie dès le jour qu'on a acquis la certitude que l'événement s'est réalisé ou ne s'est pas réalisé dans le délai fixé, ou, s'il n'y a pas de délai fixé, qu'il s'est réalisé ou ne se réalisera pas : je vous promets cent, si vous faites un voyage dans l'année : elle est accomplie, si vous faites le voyage dans l'année, défaillie, si vous laissez passer l'année ; je vous promet cent, si vous faites un voyage en Grèce : elle est accomplie, si vous faites le voyage à une époque quelconque, défaillie, si vous mourrez avant de l'entreprendre.

2° En principe, les créances ou dettes conditionnelles sont activement et passivement transmissibles aux héritiers des contractants. La condition peut donc s'accomplir utilement après la mort des parties, sauf le cas où le contrat serait intervenu *intuitu personæ.*

3° La condition est indivisible dans un double sens : 1° Elle doit s'accomplir toute entière pour faire naitre le droit ; l'accomplissement partiel ne compte pas : ainsi, vous m'avez promis cent, si je donne tel fonds : un de mes héritiers aura beau donner sa part dans le fonds, il ne pourra réclamer une part correspondante dans la somme promise, tant que ses cohéritiers ne se seront pas exécutés aussi ; 2° Dans les obligations conditionnelles pénales, par exemple, si vous ne donnez pas le fonds, promettez-vous de donner cent, la contravention même partielle à la condition fait encourir toute la peine : vous devrez cent, lors même que vous donneriez la moitié du fonds, et vos héritiers devront cent par l'inexécution du chef d'un seul d'entre eux.

Digitized by Google

4° La condition défaillie est tenue pour accomplie lorsque le débiteur en a empêché frauduleusement l'accomplissement. A titre de dédommagement, la loi alloue au créancier l'avantage qu'il aurait obtenu si la condition s'était réalisée. Il en serait autrement, si la défaillance était le résultat d'un cas fortuit.

**Effets des conditions.** — La condition suspend tantôt la formation, tantôt la résolution du droit : elle est suspensive ou résolutoire.

**Effets de la condition suspensive.** — *Avant son accomplissement, pendente conditione.* — Tant que la condition reste en suspens, l'obligation ne se trouve ni exigible ni même créée ; il n'y a au profit du créancier aucun droit actuel, mais simplement un droit éventuel, en germe, en espérance, *spes debitum iri*, droit véritable, qui pourra être anéanti dans son germe, mais qui d'ores et déjà produira des conséquences :

Du principe que le contrat ne produit pas un droit actuel et présent, il découle des conséquences importantes :

1° Le créancier n'a pas le droit d'agir *pendente conditione* contre le débiteur en exécution de l'obligation ; et, s'il agit, il n'encourt pas la déchéance de la *plus petitio*, car il n'a pas demandé plus, rien ne lui étant encore dû ;

2° Le débiteur qui a payé par erreur *pendente conditione* pourra exercer la répétition de l'indû, la *condictio indebiti*, jusqu'à l'accomplissement de la condition ;

3° Le créancier est libre de refuser le paiement jusqu'à l'arrivée de la condition ;

4° Si la chose qui fait l'objet de l'obligation périt totalement *pendente conditione*, par exemple, l'esclave promis sous condition meurt, la convention est non avenue ; car, l'obligation, ne devant naître qu'au jour de la réalisation de la condition, ne pourra se produire faute d'objet ;

5° Le créancier qui a fait défaillir frauduleusement la condition n'a pas appauvri son actif, le droit n'étant pas encore entré dans son patrimoine, et ne peut être passible de l'action paulienne ;

6° L'obligation conditionnelle ne se forme pas dans le cas

Digitized by Google

où, lors de l'arrivée de la condition, le créancier ou le débiteur éventuel a perdu toute personnalité juridique sans laisser de successeur.

Du principe que la convention produit un droit éventuel il découle les conséquences suivantes :

1° Les créances et dettes conditionnelles d'un défunt comptent dans l'actif ou le passif héréditaire pour le calcul des différentes quartes : Falcidie, légitime, Antonine et Pégasienne ;

2° Le créancier peut, *pendente conditione*, exercer tous actes conservatoires de son droit, notamment, demander la séparation des patrimoines, lorsque le débiteur meurt en laissant un héritier insolvable, critiquer les affranchissements faits en fraude de ses droits, ou solliciter l'envoi en possession provisoire des biens du débiteur ;

3° La dette conditionnelle est valablement garantie par une sûreté personnelle ou réelle, qui relève implicitement de la même condition que la dette principale.

*Après son accomplissement.* — La condition suspensive accomplie rend pour l'avenir le contrat pur et simple : le droit éventuel est devenu actuel et définitif ; le créancier peut désormais agir, et le paiement qu'il aurait déjà fait même par erreur échappe à la *condictio indebiti*.

La condition réalisée a même un effet rétroactif au jour de la convention : car les conventions doivent produire leur effet du moment où elles sont formées ; par suite de cet effet rétroactif, les parties seront liées du jour du contrat. Le principe de la rétroactivité engendre, entre autres conséquences, les suivantes :

1° Le stipulant *alieni juris* acquiert à la personne sous la puissance de laquelle il était au jour du contrat ;

2° La dette conditionnelle est éteinte, dès sa formation au jour de la condition accomplie, par l'acceptilation dont elle aurait fait l'objet *pendente conditione* ;

3° La responsabilité du débiteur remonte au jour du contrat, et les actes frauduleux qu'il a consentis *pendente conditione* peuvent être révoqués par l'action paulienne ;

4° La perte partielle ou la détérioration *pendente conditione*

Digitized by Google

de la chose due n'empêche nullement la naissance de l'obligation lors de l'accomplissement de la condition : car, par suite de la rétroactivité, l'obligation est réputée avoir toujours été pure et simple depuis le jour de la convention ;

5° Si deux hypothèques ont été successivement constituées, la première pour garantir une dette conditionnelle, la seconde une dette pure et simple, c'est la première qui sera préférée, une fois la condition accomplie.

La défaillance de la condition empêche l'obligation de naître et fait disparaître l'effet de toutes les facultés provisoirement accordées au créancier.

**Effets de la condition résolutoire.** — La condition résolutoire affecte non pas l'obligation, mais seulement son extinction. En effet, l'obligation sous condition résolutoire est pure et simple : elle existe dès maintenant et le créancier peut en exiger l'exécution de suite ; mais son extinction est subordonnée à l'arrivée ou la non-arrivée d'un événement futur et incertain : promettez-vous cent, et l'obligation sera résolu si tel navire revient d'Asie.

Le droit civil, rigoureusement fidèle au principe de la perpétuité des droits de créance, *ad tempus deberi non potest*, tenait pour non avenue la condition résolutoire dans les obligations : ainsi, dans l'espèce précédente, l'obligation est pure et simple, et le créancier pourra poursuivre le débiteur malgré l'arrivée du navire. Mais le préteur, afin de sanctionner la volonté des parties et au nom de l'équité, permit au débiteur de repousser par l'*exceptio doli* ou *pacti* le créancier qui agirait après l'arrivée de la condition ; le créancier était censé s'être engagé par un pacte *de non petendo* tacite à ne plus demander l'exécution de sa créance après l'arrivée de la condition ; et si le débiteur avait payé avant l'accomplissement de la condition, il était admis à répéter sa chose par une *condictio sine causâ*, c'est-à-dire en établissant la disparition de la cause de sa dette. Si l'on avait dit : promettez-vous cent chaque année jusqu'à ce que Titius soit nommé consul, les annuités échues au jour de l'accomplissement de la condition ne seraient pas susceptibles de répétition : l'exception de dol ou de pacte ne serait opposable que pour l'avenir.



Digitized by Google

En droit français, l'accomplissement de la condition résolutoire résout l'obligation et remet les choses dans le même état que si elle n'avait jamais existé.

D'ailleurs, à Rome, d'après le droit civil même, la condition résolutoire produit des effets directs, sans le secours d'aucune exception, dans les contrats consensuels. Mais il faut que la condition résolutoire affecte le contrat tout entier, et pas seulement l'une des obligations qu'il engendre. La raison en est que les contrats consensuels se résolvent, tant qu'ils n'ont reçu aucune exécution, par un accord de volontés contraire à celui qui les a fait naitre. Or, rien n'empêche que cet accord de volontés ne puisse avoir lieu d'avance et être subordonné à une condition résolutoire.

Si la condition résolutoire vient à défaillir, le contrat et, par suite, les obligations qui en naissent se trouvent désormais à l'abri de toute chance de résolution.

## II. — *Du terme.*

En matière contractuelle, le terme est le délai qui retarde jusqu'à l'arrivée d'un événement futur et inévitable l'exécution ou la résolution d'un contrat. Il se présente sous deux aspects : tantôt il suspend l'exécution du contrat, c'est le terme suspensif, *dies à quo*, tantôt il suspend son extinction ou sa résolution, c'est le terme extinctif ou résolutoire, *dies ad quem*.

**Terme suspensif.** — L'obligation faite sous un terme suspensif est celle qui est actuellement formée, mais qui n'est pas encore exigible : je vous promets de vous payer aux premières calendes de mars.

Le terme suspensif diffère de la condition suspensive, en ce qu'il n'affecte pas la naissance de l'obligation, mais seulement son exécution.

**Caractères du terme suspensif.** — Le terme suspensif est exprès ou tacite, certain ou incertain.

Il est *exprès*, lorsqu'il résulte explicitement de la convention ; *tacite*, lorsqu'il y est sous-entendu : tel est le cas d'une obligation qui, quoique pure et simple, ne se prête pas à une exécution immédiate : ainsi un terme tacite résulte de l'obli-

Digitized by Google

gation de construire une maison, de transférer un droit réel, ou de l'indication d'un lieu de paiement éloigné de celui de la convention : dans tous ces cas, il est virtuellement convenu que le créancier donne au débiteur le temps nécessaire pour se mettre en mesure d'acquitter son obligation. Il est même des hypothèses où le terme est tellement essentiel au contrat que les parties, en le supprimant formellement, empêchent l'obligation de naître : tel serait le cas où l'on promettrait à Rome de payer immédiatement une somme à Carthage. Aujourd'hui, avec les moyens de transmission, le contrat serait valable, si les parties avaient à Carthage des mandataires, chargés d'en assurer l'exécution le jour même. L'appréciation du terme tacite, en cas de contestation, revient au juge.

Le terme est *certain* ou *incertain*, suivant que la date de son échéance est connue ou inconnue d'avance : il est certain, si je dis : je vous paierai dans deux ans ; incertain, si je dis : je vous paierai à la mort de Titius. Mais, qu'on le remarque, ce qui est incertain, c'est l'époque de la réalisation de l'événement indiqué comme terme, non sa réalisation même. Si la réalisation même de l'événement était incertaine, il n'yaurait plus terme, mais condition : ainsi, je vous promets cent quand je me marierai.

Le terme incertain joue, dans les contrats, le même rôle que le terme certain, tandis que, dans les dispositions testamentaires, il vaut condition. Quelle est la raison de cette différence ? Elle se fonde sur ce que les contrats, contrairement aux testaments, ne sont pas faits en considération d'une personne déterminée. Promettez-vous cent, lorsque Titius mourra : si je meurs avant Titius, mes héritiers vous demanderont, au décès de ce dernier, l'exécution de votre promesse. Si, au contraire, vous me faites un legs pour le jour où Titius mourra, il faudra que je survive à Titius pour y avoir droit : c'est en considération de ma personne et non de mes héritiers que vous me léguez. Or, ma survie à Titius est un événement futur et incertain : c'est une vraie condition, de là l'adage : *dies incertus in testamento conditionem facit*.

Digitized by Google

Voici les exemples les plus intéressants de terme incertain :

1° *Post mortem meam* ou *tuam*. — Les jurisconsultes classiques, confondant l'exigibilité du droit avec sa naissance, annulaient cette convention : l'ouverture de l'action au profit des héritiers ou contre les héritiers leur avait fait supposer à tort que le droit n'avait pas été fixé tout d'abord sur la tête des contractants.

2° *Pridiè quàm moriar* ou *quàm morieris*. — Par les mêmes motifs, ils considéraient également comme nul le contrat fait sous cette modalité : la veille de la mort du contractant n'étant connue qu'après sa mort, ses héritiers pourraient seuls exercer ou subir l'obligation.

Justinien valida ces diverses modalités, considérant qu'elles avaient pour but seulement de retarder l'exécution, et non la formation de la créance : rien n'empêche, en effet, qu'un droit, une fois né sur la tête du contractant, puisse rester inexigible jusqu'à sa mort.

3° *Quum moriar* ou *quum morieris*. — Les Romains ont toujours validé les contrats affectés de cette modalité : la raison qu'il en donnent ne manque pourtant pas de singularité : ils disent que, le moment de la mort faisant partie de la vie, le droit est né sur la tête du contractant.

4° *Post mortem alterius*. — L'obligation dont le terme était reporté après la mort d'un tiers a toujours été considérée comme valable.

**Effets du terme suspensif.** — Ce terme recule l'exigibilité de l'obligation.

Si le terme est en faveur du débiteur, ce qui arrive le plus souvent et ce que l'on présume toujours en l'absence d'une clause contraire, le créancier ne peut agir contre le débiteur avant l'échéance, sous peine d'encourir la déchéance de son droit par suite de la *plus petitio tempore*. L'axiome *qui a terme ne doit rien* doit être entendu dans ce sens que le débiteur ne peut être forcé de payer avant l'échéance du terme. Si le terme est exprès, le jour de l'échéance appartient tout entier au débiteur, et le créancier n'a le droit d'agir contre lui que le lendemain. Mais le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme

Digitized by Google

et forcer le créancier à recevoir avant l'échéance, puisque le terme est supposé établi dans son intérêt. On va même jusqu'à décider que le débiteur qui a payé par erreur avant l'échéance ne peut être admis à répéter, car la *condictio indebiti* suppose un paiement indû; or, ici, la dette existait, quoique non encore exigible.

Si le terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier seul, d'une part, il ne peut être forcé de recevoir le paiement avant l'échéance, et, d'autre part, il peut renoncer au terme et exiger le paiement avant l'échéance. Ainsi, dans le cas de dépôt à terme, le dépositaire n'ayant aucun intérêt à conserver la chose, puisqu'il n'en a pas l'usage et ne reçoit aucun salaire, peut être mis en demeure de la restituer avant l'expiration du délai fixé. Ainsi, encore, si je vous achète aujourd'hui tel cheval livrable le jour de mon départ, qui aura lieu dans trois mois, il est clair que j'ai voulu m'exonérer des frais de la nourriture et des ennuis de la garde d'un animal qui ne peut encore m'être utile ; et, par suite, vous ne pourrez me livrer le cheval avant l'échéance, tandis que je pourrai renoncer au bénéfice du terme si je devance mon départ.

Si le terme est apposé dans le contrat pour l'avantage du créancier et du débiteur tout à la fois, chacun peut en revendiquer le bénéfice, et, par conséquent, leur consentement mutuel est nécessaire pour que le paiement puisse être fait valablement avant l'échéance. Ainsi, dans le prêt à intérêt, si le débiteur est intéressé à conserver la jouissance du capital jusqu'à l'échéance du terme fixé, le créancier, de son côté, peut avoir intérêt à ne pas être remboursé avant l'échéance, parce qu'il ne trouverait peut-être pas un placement aussi profitable.

**Terme extinctif ou résolutoire.** — Le droit civil, fidèle au vieux principe que l'obligation constitue un lien juridique perpétuel, considérait comme inefficace le terme qui avait pour but d'éteindre une obligation ou d'en arrêter les effets : par exemple, si vous me promettez jusqu'à telle époque de me donner cent, l'arrivée du terme ne vous libèrera pas : le terme est effacé en droit civil, l'obligation reste pure et simple. Mais le



Digitized by Google

préteur, se souciant avant tout de l'intention des parties, consacra indirectement l'effet du terme résolutoire, en permettant au débiteur de repousser par l'*exceptio pacti* ou l'exception générale de dol toute demande intentée après l'échéance. Un pacte *de non petendo* tacite était présumé être intervenu entre les parties.

Dans la pratique, le terme extinctif ne s'appliquait guère aux obligations ayant pour objet une somme fixe ou une valeur déterminée ; car, il eût été trop facile au créancier de rendre le terme illusoire, en agissant avant l'échéance. La véritable utilité de ce terme n'apparaît que dans les obligations portant sur des prestations périodiques, notamment, la stipulation de rente viagère, qui est ainsi constituée : promettez-vous de me donner cent chaque année tant que je vivrai ? Trois différences importantes séparent la stipulation de rente viagère du legs de rente viagère :

1° La stipulation de rente viagère est *perpétuelle* : en effet, l'échéance du terme n'étant pas, d'après le droit civil, un mode extinctif des obligations, le droit de créance survit au stipulant et passe aux héritiers ; mais le débi-rentier pourra, en vertu du pacte *de non petendo* tacite, opposer à la réclamation de l'héritier du crédi-rentier l'*exceptio pacti* ou l'exception générale de dol. — Le legs de rente viagère est *temporaire*, c'est-à-dire que l'obligation née du legs s'éteint par la mort du légataire, par le motif que le legs produit autant de créances que le légataire vivra d'années et que le décès du légataire fait défaillir la condition à laquelle était subordonné son droit aux annuités futures.

2° La stipulation est *une* : les annuités forment une créance unique, dont le paiement seul s'échelonne en une série de termes ; il en résulte une action unique. — Le legs est *complexe* : les diverses annuités forment des créances successives : il en résulte autant d'actions que de prestations.

3° La stipulation est *incertaine* : en effet, le montant de l'unique créance formée par les annuités est incertain et indéterminable ; le stipulant a donc à son service une *condictio incerti*, et s'il n'a pas soin de recourir à une *præscriptio*, pour se

Digitized by Google

réserver le droit d'agir l'année suivante, sa créance unique sera déduite entièrement en justice par une seule demande. — Le legs est *certain* : en effet, le montant de chaque créance est bien déterminé : la première est pure et simple, les autres sont conditionnelles, c'est-à-dire subordonnées à la survie du légataire : le légataire a donc, à chaque échéance, la *condictio certi*, qui ne consomme nullement son droit éventuel aux annuités futures.

La raison de la différence entre ces deux actes apparaît dans leur nature : la stipulation, contrat de droit strict, ne peut produire à la fois une créance pure et simple et des créances conditionnelles ; le legs, au contraire, s'interprète d'après la volonté du testateur.

On doit étendre, par identité de motifs, les règles de la stipulation de rente viagère à toutes les stipulations affectées d'un terme extinctif incertain : car, que les annuités soient appelées à finir par la mort du promettant ou d'un tiers, au lieu de finir par la mort du stipulant, la situation ne change pas au fond.

### III. — *Des obligations cumulatives, alternatives et facultatives.*

**Des obligations cumulatives.** — L'obligation cumulative est celle qui a plusieurs objets et astreint le débiteur à autant de prestations qu'il y a d'objets. Par exemple, si un testateur a légué à une même personne une maison et une somme d'argent, l'héritier sera tenu d'une double prestation. Les Romains disent qu'il y a alors autant d'obligations que d'objets, à moins que tous les objets ne forment un ensemble, une universalité.

**Des obligations alternatives.** — L'obligation alternative est celle qui comprend deux ou plusieurs prestations, dont une seule accomplie par le débiteur, à son choix, suffit pour le libérer : promettez-vous l'esclave Stichus ou cent ? Je constitue à ma fille une dot consistant en mille sexterces ou en immeubles d'égale valeur.

Le choix appartient, en principe, au débiteur, à moins que le créancier ne se le soit expressément réservé par une clause du contrat.

Les deux choses constituent également l'objet de l'obligation :

Digitized by Google

il en résulte que si l'une d'elles périt fortuitement ou devient juridiquement impossible, le droit d'option cesse, l'obligation devient pure et simple, et, par suite, l'autre chose reste seule due.

En outre, le débiteur est tenu de l'une des prestations et non de chacune pour partie : d'où il suit qu'il doit livrer l'une des choses entièrement et non des fractions de chacune.

**Des obligations facultatives.** — L'obligation facultative est celle qui ne comprend qu'une seule prestation, mais avec faculté pour le débiteur de se libérer en accomplissant une autre prestation : ainsi je lègue à Titius cent arpents de terre à prendre dans mon domaine, et je laisse à mon héritier la faculté de se libérer envers lui en lui payant à la place une somme de cent sexterces. Ainsi une seule chose est due, et le créancier ne peut réclamer que celle-là, mais le débiteur aura la faculté de se libérer en payant autre chose. Tandis que, dans l'obligation alternative, les deux choses sont également dues, ici une seule chose est due, l'autre peut seulement être payée à la place.

Il en résulte que : 1° si, dans l'obligation facultative, la perte de la chose survient par cas fortuit, avant toute mise en demeure, le débiteur est libéré, contrairement à ce qui a lieu dans l'obligation alternative, où le débiteur ne peut être libéré que par la perte fortuite de toutes les choses comprises dans l'obligation ; 2° la nature mobilière ou immobilière de l'obligation facultative se détermine par la nature de la chose *in obligatione*, alors même que le débiteur exécuterait son obligation en payant l'autre chose dont la nature est peut-être différente ; au contraire, la nature d'une obligation alternative se détermine d'après la chose qui sera payée ; 3° l'obligation facultative est nulle, si la chose mise *in obligatione* n'est pas susceptible de faire l'objet d'une obligation, alors même que celle qui est *in facultate solutionis* le serait ; au contraire, si l'une des deux choses comprises dans une obligation alternative ne peut être stipulée valablement, l'autre sera toujours due.

Digitized by Google

### IV. — *Des obligations divisibles et indivisibles.*

L'obligation est divisible, lorsque la prestation qu'elle a pour objet est susceptible de se partager matériellement ou intellectuellement par fractions égales ; indivisible, lorsqu'elle n'est susceptible ni de division matérielle ni de division intellectuelle. La division matérielle est la division physique qui sépare la chose en plusieurs parties distinctes ; la division intellectuelle celle qui se fait à l'aide de l'intelligence.

La nature divisible ou indivisible de l'obligation n'offre pas grand intérêt quand il n'y a qu'un seul créancier et qu'un seul débiteur. En effet, dans leurs rapports respectifs, l'obligation susceptible de division doit être exécutée comme si elle était indivisible : ainsi le débiteur d'une somme d'argent ne peut pas forcer son créancier à recevoir un paiement partiel.

L'intérêt de la distinction apparaît lorsque le créancier ou le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers ou lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs conjoints. L'obligation est-elle divisible ? elle se partagera entre les héritiers du créancier ou entre ceux du débiteur, entre les divers créanciers ou les divers débiteurs conjoints ; est-elle indivisible ? elle ne se partagera ni activement ni passivement : un seul des héritiers du créancier pourra exiger le paiement intégral, de même qu'un seul des héritiers du débiteur pourra être forcé de payer le total ; pareillement, chacun des créanciers pourra poursuivre pour le tout chacun des débiteurs. Il y a lieu de remarquer qu'il ne s'agit ici que de régler les rapports de créancier à débiteur ; quant à ceux des divers créanciers ou débiteurs entre eux, le profit résultant de la créance ou la perte résultant de la dette se répartirait entre eux comme si l'obligation était divisible.

L'indivisibilité peut résulter de la nature même de l'obligation : ainsi vous vous êtes obligé à établir sur votre fonds une servitude de passage au profit du mien ; vous vous obligez à faire ou à ne pas faire un voyage à Carthage : l'obligation ne peut être exécutée pour partie : on passe ou on ne passe pas, on va à Carthage ou on n'y va pas.

Digitized by Google

L'indivisibilité peut résulter de la volonté des parties : en effet, les contractants peuvent vouloir expressément ou tacitement qu'une obligation dont l'objet est divisible de sa nature soit indivisible. Ainsi je vous achète un certain nombre d'arpents de terre à prendre dans votre champ, et il est expliqué dans le contrat que ce terrain est destiné à la construction d'une usine qui doit avoir une superficie égale à celle du terrain vendu. La totalité du terrain vendu étant nécessaire à ma construction, une prestation partielle ne me procurerait ici aucune utilité. L'obligation sera donc indivisible en vertu d'une intention tacitement exprimée par les parties : par suite, l'exécution intégrale pourra être exigée par un seul des héritiers du créancier et d'un seul des héritiers du débiteur.

Il ne faut pas confondre l'indivisibilité avec la corréalité. L'indivisibilité a un point de commun avec la corréalité : lorsqu'il existe plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs dans une obligation indivisible, le droit d'agir pour le tout, *in solidum*, est accordé à chaque créancier contre chaque débiteur, et le paiement fait par l'un éteint la dette à l'égard de tous. Mais, sous d'autres aspects, il existe des différences importantes entre l'obligation indivisible et l'obligation corréale : 1° L'indivisibilité résulte de la nature de l'obligation, rendue indivisible soit par la nature de la prestation, soit par la volonté des parties ; la corréalité résulte toujours de la volonté des parties ; 2° Le créancier qui demande à un seul des débiteurs le paiement intégral de l'obligation indivisible, lui demande plus qu'il ne doit, car il ne doit que sa part, mais il peut être forcé à payer e tout, parce que l'obligation indivisible n'est pas susceptible d'une exécution partielle ; le créancier qui demande à l'un des codébiteurs le paiement intégral de la dette corréale ne lui demande que ce qu'il doit, car chaque débiteur corréal doit le tout. Ainsi, le codébiteur d'une dette indivisible est obligé de payer le tout, en ne devant que sa part, tandis que le débiteur corréal est obligé de payer le tout en devant le tout ; 3° L'indivisibilité de l'objet influe sur le caractère des deux sujets actif et passif de l'obligation, tandis qu'il peut y avoir corréalité active sans qu'il y ait corréalité passive, et réciproquement ;

Digitized by Google

4° L'obligation indivisible ne se divise pas entre les héritiers du créancier ou du débiteur : un seul des héritiers du créancier peut demander le paiement intégral, et chacun des héritiers du débiteur en est tenu pour le total ; l'obligation corréale, au contraire, se divise entre les héritiers du créancier ou du débiteur : chacun ne peut demander que sa part ou être tenu que pour sa part.

### Section V. — Des obligations conjointes, corréales, solidaires et accessoires.

Il peut arriver qu'une obligation réunisse plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs : il se forme alors, en général, autant de créances ou de dettes distinctes, ayant chacune pour objet une partie de la chose, qu'il y a de sujets actifs ou passifs, et l'obligation est dite *conjointe*, parce qu'elle existe au profit ou à la charge de plusieurs conjointement. L'obligation conjointe se divise entre les divers créanciers : ainsi j'ai promis dix mille sexterces à Titius et à Séius conjointement : la créance se divise entre eux par portions viriles, c'est-à-dire égales, sauf convention contraire ; chacun ne pourra me poursuivre que pour cinq mille. L'obligation conjointe se divise entre les divers débiteurs : ainsi Titius et Séius ont promis conjointement de me payer dix mille sexterces : la dette se divise entre eux par portions viriles, sauf convention contraire ; je ne pourrai demander à l'un des deux que cinq mille, malgré l'insolvabilité de l'autre. On trouve l'application de cette règle, lorsque, dès l'origine, l'obligation a été contractée au profit de plusieurs créanciers ou par plusieurs débiteurs, ou encore lorsqu'un créancier ou débiteur unique meurt laissant plusieurs héritiers.

Ce principe de la divisibilité des créances ou dettes subit plusieurs exceptions qui vont nous montrer chaque créancier investi de toute la créance et chaque débiteur tenu de toute la dette, *in solidum*. Mais l'objet de l'obligation est le même, *una res vertitur*, et le paiement fait par l'un des débiteurs libère

Digitized by Google

tous les autres à l'égard de tous les créanciers. Nous allons rencontrer ces caractères dans les obligations corréales, solidaires et accessoires. Ces différentes obligations sont *in solidum*, indépendamment de leur objet ; il importe donc peu qu'il soit divisible.

### I. — *De la corréalité et de la solidarité.*

**Des obligations corréales. — Sources de l'obligation corréale.** — La corréalité, comme toute exception, ne se présume pas ; elle ne peut résulter que de la volonté réciproque des parties.

La stipulation fut la plus ancienne et la plus commode des manières de créer l'obligation corréale. Veut-on créer la corréalité active ? les stipulants interrogent l'un après l'autre le promettant, qui leur répond à tous en une seule fois : ainsi autant de questions que de créanciers, et réponse unique du débiteur. Veut-on créer la corréalité passive ? le stipulant interroge tous les promettants, chacun isolément, *spondes ne*, ou tous ensemble, *spondetis*; une fois questionnés jusqu'au dernier, ils répondent, chacun isolément ou tous ensemble. Dans les deux cas, si les réponses avaient suivi chaque interrogation, il y aurait autant d'obligations distinctes que de personnes. On appelle *correi stipulandi*, ou liés entre eux par la même créance, les créanciers corréaux, et *correi promittendi*, ou liés entre eux par la même dette, les débiteurs corréaux.

Mais, dès les temps anciens, on ne tarda pas à faire usage également, pour obtenir le même résultat, du contrat *litteris* ou du testament : la corréalité résultait du contrat *litteris*, lorsque les mentions faites sur le *Codex* indiquaient le rapport corréal, et du testament, lorsque le testateur, dans un legs *per damnationem*, imposait un legs à plusieurs cohéritiers ou le laissait à plusieurs colégataires, en attachant à la dette ou à la créance le lien de la corréalité.

Plus tard, quand il fut possible de modifier l'étendue des obligations en y ajoutant des pactes *in continenti*, c'est-à-dire au moment de la naissance du contrat, tous les contrats de bonne foi ou de droit strict reçurent valablement les clauses

Digitized by Google

destinées à produire la corréalité. On finit même par attacher la même force aux conventions prétoriennes, telles que le pacte de constitut.

**Caractères généraux de l'obligation corréale.** — Ces caractères peuvent se résumer en ces deux termes : il y a pluralité de liens et unité d'objet.

Il y a *pluralité de liens juridiques*, c'est-à-dire qu'il y a autant de créances ou d'obligations principales et distinctes qu'il y a de sujets actifs ou passifs ; aucune d'elles n'est accessoire, puisqu'un seul et même acte les a produites ; elles restent indépendantes les unes des autres au point de vue de leur formation, de leur efficacité, de leurs garanties accessoires et de leurs modalités ; ainsi la nullité de la stipulation ou de la promesse de l'un des *correi* n'entraîne pas la nullité de celles des autres ; ainsi encore l'une des obligations peut être civile, pure et simple, garantie par des fidéjusseurs, par un gage, une hypothèque, et les autres naturelles, conditionnelles, à terme, et dépourvues de toute sûreté personnelle ou réelle.

Il y a *unité d'objet* : la créance des divers créanciers ou la dette des divers débiteurs a le même objet, *una res vertitur* ; en d'autres termes, l'objet du droit des divers créanciers porte sur la même prestation, et l'objet de l'obligation des divers débiteurs porte sur la même prestation. D'où il suit que la chose due à chaque créancier ou par chaque codébiteur doit être identique dans son individualité et dans son étendue : ainsi, deux personnes ne peuvent stipuler *correaliter* l'usufruit viager du même fonds, par le motif que l'inégale durée de leurs vies donnera une valeur inégale aux deux usufruits.

Cette identité d'objet révèle bien l'utilité de la corréalité. La corréalité active permet à chacun des créanciers d'obtenir par une action unique la chose stipulée en vue de l'entreprise ou opération commune ; la corréalité passive offre au créancier une facilité et une garantie de recouvrement, en lui permettant d'exiger pour le tout une même chose de plusieurs codébiteurs.

**Effets de la corréalité active.** — Cette corréalité constitue une sorte de mandat irrévocable que des personnes intéressées à une opération commune se sont réciproquement donné.



Digitized by Google

*Rapports des créanciers corréaux avec le débiteur.* — Du principe qu'il y a pluralité de liens il découle que le débiteur peut, à son choix, avant toute poursuite, payer à l'un quelconque des créanciers corréaux, comme le plus diligent d'entre eux est libre de réclamer le paiement.

Du principe qu'il y a unité d'objet, il résulte que :

1° Chacun des créanciers corréaux peut demander la totalité de la dette ;

2° Le paiement effectué à l'un des créanciers libère le débiteur à l'égard des autres ; sont également extinctifs la dation en paiement, les offres réelles avec consignation, l'acceptilation, la novation, le constitut, le serment ;

3° La *litis contestatio*, intervenue sur la demande formée judiciairement par l'un des créanciers corréaux, ferme à tous les autres le droit d'agir ;

4° La prescription interrompue à l'égard de l'un des créanciers corréaux est réputée interrompue au profit des autres ; pareillement, le serment affirmatif de la créance prêté par l'un d'eux profite aux autres.

*Rapports des créanciers corréaux entre eux.* — Celui des créanciers corréaux qui a touché le paiement intégral doit-il partager ce qu'il a reçu avec ses cocréanciers ? Le principe de la corréalité ne donne par lui-même aucun recours aux autres créanciers : le créancier payé n'a reçu que ce qui lui était juridiquement dû. La source du recours sera dans les rapports antérieurs ou concomittants à la corréalité : ce sera une société ou une communauté d'intérêts entre les créanciers ; ce dernier cas peut se présenter quand deux ou plusieurs personnes ont vendu une propriété indivise et sont devenues, à la suite de la vente, créanciers corréaux du prix ; l'action *pro socio* leur sera donnée dans le premier cas, l'action *communi dividundo* dans le second, contre celui qui a reçu le paiement intégral, pour le contraindre au partage du bénéfice.

En dehors d'une association réelle ou tacite, on ne conçoit guère l'utilité pratique de la corréalité active ; car elle ne pourrait constituer qu'une donation réciproquement faite par les créanciers corréaux à celui d'entre eux qui serait payé.

Digitized by Google

**Effets de la corréalité passive.** — On en comprend sans peine l'utilité : les débiteurs corréaux répondent les uns pour les autres, ils sont cautions les uns des autres, de sorte qu'il suffira que l'un d'eux soit solvable pour que le créancier soit payé intégralement.

*Rapports des débiteurs corréaux avec le créancier.* — Du principe qu'il y a pluralité de liens, il résulte que le créancier peut exiger le paiement intégral de l'un quelconque des codébiteurs, comme le plus régulier des codébiteurs peut, dès l'échéance, acquitter la dette.

Du principe qu'il y a unité d'objet, il résulte que :

1° Chacun des débiteurs corréaux peut être poursuivi comme s'il était seul obligé ;

2° Le paiement fait par l'un des débiteurs corréaux entraîne la libération de tous les autres ; il en est de même de la *datio in solutum*, des offres réelles avec consignation, de l'acceptilation, de la novation, du serment négatif de la dette ;

3° Jusqu'à Justinien, la *litis contestatio*, intervenue sur la demande judiciaire formée contre l'un des codébiteurs, éteignait la dette des autres. Cet excès de logique allait à l'encontre du but de la corréalité, toutes les fois que le codébiteur poursuivi était insolvable. Aussi Justinien décida-t-il que la poursuite intentée contre l'un des codébiteurs ne libèrerait les autres qu'après le paiement intégral de la dette ;

4° La prescription interrompue par le créancier à l'égard de l'un des coobligés est réputée interrompue à l'égard de tous les autres ;

5° La perte de la chose due, survenue par cas fortuit avant qu'aucun des coobligés ne soit en demeure, les libère tous. Si la perte provient du fait de tous les codébiteurs ou survient alors qu'ils sont tous en demeure, ils sont tous responsables des conséquences de leur faute ou de leur retard. Pareillement, si le corps certain dû par les *correi* vient à périr par le fait ou la faute de l'un d'entre eux, ils demeurent tous responsables : *factum alterius alteri nocet.* Il n'en est pas de même, si la chose périt par cas fortuit après la mise en demeure de l'un des coobligés : dans ce cas, le coobligé mis en demeure reste

Digitized by Google

seul tenu, les autres sont libérés : *alterius mora alteri non nocet*. La raison de cette différence, c'est que le créancier ne pouvait supporter les conséquences du fait, tandis qu'il était responsable de ne pas avoir mis en demeure tous les débiteurs. Le Code civil, partant de ce principe que les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres pour conserver et perpétuer l'obligation, dispose que tous les codébiteurs solidaires sont tenus du fait ou de la demeure de l'un d'eux et que le débiteur coupable est tenu, au surplus, de dommages-intérêts. Les autres codébiteurs ne peuvent être astreints à des dommages-intérêts, parce que, s'ils ont pour mandat de conserver l'obligation, cette obligation ne peut être augmentée par le fait de leur codébiteur. Cette solution est logique, car la demeure constitue le débiteur en faute.

*Rapports des débiteurs corréaux entre eux.* — Le codébiteur qui a payé la totalité de la dette a-t-il un recours contre ses codébiteurs pour se faire indemniser ? Le principe de la corréalité n'engendre par lui-même aucun recours ; car celui qui a payé n'a payé que ce qu'il devait et pour se libérer. Le lien de mandat ou de gestion d'affaires n'est pas présumé de plein droit entre les *correi*. Mais presque toujours il existera entre les codébiteurs un contrat de société, de mandat, un quasi-contrat de gestion d'affaires, une communauté d'intérêts : le codébiteur qui a payé pourra, dans tous ces cas, se faire indemniser par l'action *pro socio*, *mandati*, *negotiorum gestorum*, *communi dividundo*. Si la dette payée a été contractée dans l'intérêt commun, elle sera répartie par portions égales.

Mais la jurisprudence finit par accorder au codébiteur qui avait payé le bénéfice de la cession d'actions, abstraction faite de toute idée de société. Désormais le codébiteur non associé pourra exiger du créancier, par une demande expresse, soit en lui offrant volontairement le paiement, soit en lui opposant l'exception de dol, au cours d'une instance, qu'il lui cède ses actions ; le créancier ne peut se refuser à céder des actions devenues pour lui inutiles. Le codébiteur qui a payé pourra ainsi, en qualité de subrogé, poursuivre ses codébiteurs pour leur part contributoire dans la dette. Même dans le cas d'asso-

Digitized by Google

ciation, le codébiteur qui a payé peut avoir intérêt à exercer les actions du créancier : c'est lorsqu'elles sont garanties par des sûretés spéciales.

La cession d'actions est soumise à deux conditions : 1° Il faut une demande formelle ; le droit romain n'admet pas de subrogation légale ou s'opérant de plein droit ; 2° Il faut qu'elle s'opère avant le paiement ou la *litis contestatio* ; car, après ces actes, la dette serait éteinte et le créancier ne pourrait plus rien céder.

Il va sans dire que la part que doit supporter dans la dette le codébiteur cessionnaire est à déduire de son recours. Si l'un ou plusieurs des codébiteurs sont insolvables, la charge de leur insolvabilité sera répartie entre tous les coobligés solvables, proportionnellement à leur part dans la dette.

**Extinction de l'obligation corréale.** — Les modes d'extinction sont absolus, relatifs ou mixtes, c'est-à-dire tantôt absolus, tantôt relatifs.

Sont *absolus*, c'est-à-dire éteignent la dette à l'égard de tous les créanciers et de tous les débiteurs, le paiement, la dation en paiement, les offres réelles avec consignation, l'acceptilation, la novation, le serment sur l'existence de la dette, la perte fortuite de la chose due, la *litis contestatio* avant Justinien, la prescription sous le Bas-Empire.

Sont *relatifs*, c'est-à-dire n'éteignent que la créance du créancier ou la dette du débiteur qui y a participé ou en a bénéficié, la *restitutio in integrum*, la *capitis deminutio*, à l'époque classique, le pacte *de non petendo in personam*, le serment portant sur la corréalité, le concours de deux causes lucratives au profit de l'un des stipulants, suivant le principe que toute créance à titre gratuit disparaît, lorsque l'objet dû est acquis au créancier par l'effet d'une cause également gratuite, enfin la confusion. La confusion se produit lorsque l'un des créanciers corréaux succède au débiteur ou que l'un des débiteurs corréaux succède au créancier : le créancier corréal qui succède au débiteur est tenu de l'obligation envers les autres créanciers ; mais, s'il existait entre eux un lien de société, on déduira de sa dette la part qu'il aurait eu le droit d'obtenir

Digitized by Google

à titre d'associé ; le débiteur corréal qui succède au créancier pourra poursuivre ses anciens *correi* pour le tout, déduction faite, s'il y a société, de la part qu'il aurait dû supporter.

Sont *mixtes*, c'est-à-dire opèrent une extinction absolue ou générale, s'il y a société entre les *correi*, relative ou partielle, dans le cas contraire, le pacte *de non petendo in rem* et la compensation.

**Des obligations solidaires.** — *Caractères et effets de l'obligation solidaire.* — L'obligation solidaire, *in solidum*, comme l'obligation corréale, permet au créancier de poursuivre chaque débiteur pour le tout, et le paiement fait par l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres. Mais, dans l'obligation solidaire, on suit de plus près la volonté présumée des parties. Ainsi, la *litis contestatio*, résultant de l'action intentée par un créancier contre un débiteur solidaire, n'éteignait pas son droit d'action contre les autres. On sait que cette disposition fut étendue par Justinien aux dettes corréales. En second lieu, quand la chose due par des codébiteurs solidaires vient à périr par le fait, la négligence ou fortuitement après la mise en demeure de l'un d'entre eux, ce dernier seul reste tenu, les autres sont libérés. Au surplus, le débiteur solidaire poursuivi pour le tout jouit, dans tous les cas, du bénéfice de cession d'actions, et cette cession est sous-entendue à son profit dans le paiement. Enfin, dans certains cas exceptionnels, le coobligé solidaire poursuivi pour le tout pouvait exiger la division de l'action du créancier entre tous les codébiteurs solvables : cette faveur était accordée, notamment, aux cotuteurs, aux cautions solidaires, aux magistrats municipaux.

*Sources des obligations solidaires.* — La solidarité est conventionnelle ou légale. Elle peut naître : 1° d'une volonté formelle des parties dans les contrats de droit strict ou de bonne foi ; en l'absence d'une volonté expresse, on présume, quand il y a engagement *in solidum*, la corréalité dans les contrats de droit strict, et la solidarité dans les contrats de bonne foi ; car la bonne foi doit présider aux relations des codébiteurs solidaires ; 2° des quasi-contrats : ainsi elle existe entre cotuteurs obligés envers un même pupille, magistrats municipaux inves-

Digitized by Google

tis de la gestion des finances d'une même cité, administrateurs d'une corporation, gérants d'affaires ; 3° des délits ou quasi-délits : la solidarité existe entre plusieurs personnes tenues pour un même fait illicite d'une action pénale *unilatérale*, c'est-à-dire d'une action qui appauvrit le défendeur sans enrichir le demandeur : telles sont les actions *de dolo, quod metûs causâ, de dejectis, de effusis* ; dans tous ces cas, chaque codélinquant est tenu *in solidum*, et le paiement fait par l'un libère tous les autres. Quant aux actions pénales *bilatérales*, c'est-à-dire qui appauvrissent le défendeur en enrichissant le demandeur, telles que l'*actio furti*, chacun des codélinquants supportera les conséquences de sa culpabilité : il y aura autant de paiements que de débiteurs ; la satisfaction fournie par l'un ne libère pas les autres. Il y a, dans ce dernier cas, obligations cumulatives plutôt que solidaires.

### II. — *Des créances ou obligations accessoires.*

Un stipulant ou promettant accessoire peut s'adjoindre à un stipulant ou promettant principal. Cette partie joue le double rôle de mandataire envers le créancier ou débiteur auquel elle s'adjoint et de créancier ou de débiteur envers l'autre contractant. Comme dans la corréalité, nous trouvons encore ici pluralité de liens et unité d'objet

**De la créance accessoire : adstipulatio.** — L'*adstipulatio* est une stipulation qui vient s'adjoindre à une autre stipulation principale, dans le but de faire naître une créance accessoire. Nul autre contrat que la stipulation n'était susceptible de cette adjonction. Pour s'adjoindre à un stipulant principal, l'*adstipulator* stipule du même débiteur le même objet. L'*adstipulatio* pouvait accompagner ou suivre la stipulation principale. Elle ne pouvait être plus onéreuse au débiteur, à peine de nullité; mais elle pouvait être moins onéreuse que la créance principale.

L'*adstipulatio* avait été imaginée pour remédier aux inconvénients qui découlaient du vieux principe que l'on ne pouvait se faire représenter judiciairement par autrui : *nemo alieno nomine lege agere potest* : en prévision d'une absence ou d'un

Digitized by Google

empêchement quelconque, le stipulant faisait intervenir une personne qui participait à la créance, pouvait, dès lors, agir en justice de son propre chef et lui rendait compte après la poursuite.

Lorsque, après la disparition des *legis actiones*, on put plaider pour autrui, l'*adstipulatio* servit à parer à un autre inconvénient. On sait que, jusqu'à Justinien, les stipulations *post mortem stipulantis* étaient nulles ; mais on arrivait à leur donner une efficacité pratique par l'adjonction d'une *adstipulatio*, qui était basée, dans l'espèce, sur l'obligation naturelle dérivant de la première stipulation : l'*adstipulator* exerçait ainsi l'action refusée aux héritiers du stipulant à charge de leur rendre compte. L'*adstipulatio* disparut avec sa dernière raison d'être.

L'*adstipulator* remplit la double fonction de créancier envers le promettant et de mandataire envers le stipulant.

Dans ses rapports avec le débiteur, il est maître de la créance, investi de l'action *ex stipulatu* ; il peut recevoir paiement ou une *datio in solutum*, accorder un terme, faire novation, éteindre la créance, même à titre gratuit, par acceptilation ou pacte de remise.

Dans ses rapports avec le stipulant principal, il n'est que mandataire et, comme tel, tenu de rendre compte des actes relatifs à la créance. Il est passible de l'action *mandati directa*, s'il n'exécute pas son mandat. Remarquons, à cet égard, que l'acceptilation faite par l'*adstipulator* en fraude des droits du stipulant principal le rend passible du deuxième chef de la loi *Aquilia*. Ce mandat est essentiellement personnel : il en résulte qu'il s'éteint par la *capitis deminutio*, est intransmissible, et qu'il faut, pour jouer le rôle d'*adstipulator*, avoir l'aptitude personnelle à devenir créancier.

**De la dette accessoire. — Notions générales sur l'intercessio.**— L'*intercessio* est le fait d'obliger sa personne ou sa chose dans l'intérêt d'autrui. On voit par là qu'il y a deux sortes de sûretés, les sûretés personnelles et les sûretés réelles. On divise les *intercessiones* en trois classes : 1° celle où le débiteur s'oblige accessoirement à côté du débiteur principal, soit

Digitized by Google

*verbis*, c'est l'*adpromissio*, soit par un mandat donné à quelqu'un, en général, de prêter de l'argent, c'est le *mandatum pecuniæ credendæ*, soit par un pacte où l'on s'engage à payer à jour fixe la dette d'un tiers, c'est le constitut pour autrui ; 2° celle où l'on s'oblige personnellement à la place du débiteur primitif, en promettant au créancier ce qui lui était dû, c'est l'*expromissio*, qui opère novation ; 3° celle où, sans s'obliger personnellement, on constitue sur sa chose un droit réel de gage ou d'hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers.

Pour intercéder valablement pour autrui, il faut être capable de s'obliger. Mais une incapacité spéciale frappe en cette matière les esclaves et les femmes. Nous voulons parler de l'esclave auquel le maître a confié l'administration d'un pécule et qui peut obliger contractuellement son maître, d'après le droit prétorien, dans les limites des biens composant le pécule : la loi ne veut pas qu'il puisse obliger son maître sur le pécule par une *intercessio*, car l'*intercessio* est un acte étranger à la gestion du pécule. Le fils de famille n'est pas frappé de la même incapacité, car on a présumé qu'étant héritier présomptif de son père, il n'ira pas compromettre, à l'avance, par des intercessions irréfléchies, un pécule qui doit lui revenir un jour. L'intercession pour autrui est interdite aux femmes mariées ou non mariées par le sénatusconsulte Velléien, rendu sous le règne de Claude. Cette prohibition est d'ordre public et a un double but : protéger la femme contre les influences qui pourraient la déterminer à consentir une intercession dangereuse, et l'empêcher de se mêler aux transactions juridiques. Toutefois, l'incapacité ne s'applique qu'aux actes d'obligation dans l'intérêt d'autrui et non aux actes d'aliénation à titre onéreux ou gratuit au profit d'un tiers. La raison en est que la femme est censée ne pas prévoir d'avance les conséquences éloignées d'une obligation pour autrui, tandis qu'elle peut se rendre compte des résultats immédiats de l'acte d'aliénation accompli.

L'engagement contracté par la femme, contrairement à cette prohibition, est nul et ne laisse pas même subsister à sa charge une obligation naturelle : elle a donc à son service, si elle acquitte par erreur sa promesse, une *condictio indebiti*. Elle



Digitized by Google

pouvait faire valoir cette nullité à l'aide de l'*exceptio senatûs consulti Velleiani*, qu'elle pouvait même opposer, après la sentence, à l'action *judicati*. La renonciation à se prévaloir du sénatus-consulte est prohibée.

L'*intercessio* de la femme échappe à la nullité dans les quatre cas suivants : 1° la femme a trompé le créancier : elle a, par exemple, hypothéqué pour la dette d'autrui sa propre chose en la faisant présenter par un tiers qui a déclaré qu'elle était à lui ; 2° l'intercession évite à son père les suites d'une condamnation judiciaire ; 3° le créancier est un mineur de vingt-cinq ans, et son débiteur, pour lequel la femme a intercédé, est insolvable ; 4° elle a tiré un profit de l'intercession.

Justinien restreint encore le champ d'application du sénatus-consulte : il déclare que : 1° l'*intercessio* ne pourra être annulée après deux ans, lorsque la femme, majeure de vingt-cinq ans, aura confirmé l'obligation, soit par un écrit, soit en donnant une garantie quelconque ; 2° l'*intercessio* sera également valable, si un acte public constate que la femme a reçu quelque chose pour prix de son intervention. Mais l'intercession pour le mari ne peut être confirmée, à moins que la femme n'en ait tiré un bénéfice.

Nous avons à étudier ici les causes d'*intercessio* qui ont le caractère de dettes personnelles accessoires, qui constituent ce que nos codes modernes appellent le *cautionnement*, du latin *cautio*, expression dont se servaient les Romains pour désigner, d'une façon générale, toutes les garanties, de quelque nature qu'elles fussent, destinées à assurer l'exécution d'une obligation.

La caution rend service au débiteur, dont elle augmente et assure le crédit ; elle est précieuse pour le créancier, qu'elle garantit contre les risques d'insolvabilité du débiteur ; elle remplit un rôle utile pour la société, en facilitant les transactions. Aussi la loi a-t-elle accordé aux cautions de nombreux bénéfices, afin d'encourager l'intervention de garantie. Outre que le cautionnement, contrat de bienfaisance, est gratuit de sa nature, il n'y a pas d'opération plus périlleuse : *qui cautionne paie*, dit le proverbe ; la caution s'oblige à payer si le

Digitized by Google

débiteur ne paie pas, éventualité qui se réalise souvent, et son recours pour se faire rembourser est, la plupart du temps, illusoire par suite de l'insolvabilité du débiteur.

Les cas d'intercession qui ont le caractère de dettes personnelles accessoires sont : l'*adpromissio*, le *mandatum pecuniæ credendæ* et le pacte de constitut pour autrui.

**Adpromissio. – Notions générales.** — L'*adpromissio* est une promesse qui fait naître *verbis* une obligation accessoire destinée à garantir une obligation principale. Il y a trois sortes d'*adpromissores* : le *sponsor*, le *fidepromissor* et le *fidejussor*. Ils n'ont pas la même origine et répondent à des situations distinctes. La *sponsio* fut la forme d'*adpromissio* primitive et demeura réservée aux citoyens romains. Le jour où la stipulation fut accessible aux pérégrins, on créa la *fidepromissio*, afin de leur permettre de s'obliger accessoirement à une dette préexistante. Vers la fin de la République, apparut la *fidejussio*, établie sur des bases plus larges que les deux formes précédentes : tandis que la *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient accéder qu'à des obligations nées *verbis*, la *fidejussio* peut accéder à toute obligation. Grâce aux avantages qui lui furent reconnus par la loi, cette dernière forme d'*adpromissio* l'emporta dans la pratique et resta seule en vigueur après l'abrogation des formules solennelles.

**Règles communes aux trois sortes d'adpromissio.** — Cinq règles sont applicables à toute *adpromissio* : 1° L'*adpromissio* se contracte toujours *verbis* ; 2° Elle se rattache nécessairement à une obligation principale ; 3° Elle doit avoir un objet identique à celui de la dette principale ; 4° Elle fait naître au profit de l'*adpromissor* contre le débiteur un recours pour obtenir le remboursement de ce qu'il a payé ; 5° Elle s'éteint par voie principale ou par voie de conséquence.

1° L'*adpromissio* se contracte toujours au moyen de la stipulation : *spondes-ne ? spondeo ; fidepromittis ? fidepromitto ; fidejubes ? fidejubeo*. On suit ici les principes généraux de la stipulation. L'*adpromissio*, formant un contrat distinct du contrat principal, peut précéder, accompagner ou suivre la dette principale dont elle est l'accessoire, et même naître dans un lieu différent.

Digitized by Google

2° L'*adpromissio* se rattache nécessairement à une obligation principale par le lien qui unit l'accessoire au principal. Il importe peu que l'obligation principale soit civile, prétorienne ou simplement naturelle ; car, du moment que l'*adpromissio* a pour but de procurer une garantie au créancier, pourquoi ne pourrait-elle pas remédier à l'insuffisance d'une obligation, par exemple, d'une dette naturelle qui dérive, pour le pupille, d'un contrat qu'il a fait *sine auctoritate tutoris ?* Le Code civil admet virtuellement que les obligations naturelles peuvent être cautionnées : en effet, il dispose que, dans le cas où l'obligation cautionnée est nulle pour cause d'incapacité de l'obligé, l'engagement de la caution subsiste : le cautionnement ne peut avoir de base que dans l'obligation naturelle qui survit à l'annulation de l'obligation civile. La loi suppose que celui qui cautionne sciemment la dette d'un incapable entend précisément garantir le créancier contre le risque auquel l'expose l'incapacité du débiteur.

Une dette accessoire peut elle-même jouer ce rôle d'obligation principale par rapport à l'*adpromissio* : autrement dit, on peut cautionner une caution ; le sous-fidéjusseur porte, en droit français, le nom de *certificateur de caution*.

3° L'*adpromissio* doit avoir un objet identique à celui de la dette principale. Elle ne peut comprendre autre chose que l'obligation principale : ainsi l'*adpromissor* ne peut devoir de l'argent, si la dette principale a pour objet du blé. En outre, l'*adpromissio* ne peut comprendre plus que l'obligation principale, autrement dit, la caution ne peut s'obliger sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal. La caution contracte *in duriorem causam re, tempore, causâ, loco : re*, en promettant une quantité plus forte, cent au lieu de cinquante promis par le débiteur principal ; *tempore*, en garantissant purement et simplement une dette à terme ou sous condition ; *causâ*, en laissant au créancier, dans le cas d'une dette alternative, le choix que le débiteur principal s'est attribué ; *loco*, en s'engageant à payer dans un lieu déterminé, alors que le débiteur garanti est tenu sans désignation de lieu, *sine adjectione loci*. L'*adpromissio* contractée *in duriorem cau-*

Digitized by Google

*sam* est nulle pour le tout, à raison du caractère strict de ce mode d'intercession. Le Code civil, au contraire, la déclare seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

Du reste, à la condition de n'avoir pas plus d'étendue que la dette principale, l'*adpromissio* peut être plus efficace, consister dans un lien plus énergique que cette dernière : c'est ainsi qu'elle garantit des dettes prétoriennes ou naturelles ; c'est ainsi également que la caution pourrait fournir des sûretés spéciales, gage ou hypothèque, alors que la dette principale serait simplement chirographaire.

Enfin, rien n'empêche l'adpromettant de s'obliger sous des conditions moins onéreuses, par exemple, pour une partie seulement de la dette, ou en garantissant à terme ou sous condition une obligation pure et simple.

L'*adpromissio* doit être interprétée restrictivement : si elle est limitée, par exemple, j'ai cautionné un fermier pour le paiement de son prix de ferme, je ne répondrai pas de l'exécution des autres obligations résultant du bail ; si elle est illimitée, par exemple, je me porte caution d'un bail, je répondrai bien de l'exécution de toutes les obligations provenant du bail, mais non de l'exécution des obligations qui naîtront d'un nouveau bail formé par tacite reconduction, car ce que j'ai cautionné, c'est l'ancien bail, et mon *adpromissio* ne peut être étendue au-delà des limites dans lesquelles elle a été contractée. Du reste, l'*adpromissor* qui a garanti la totalité de la dette garantit, du même coup, à moins de clause contraire, les augmentations ou accessoires naturels de la dette, notamment, les intérêts moratoires, mais il reste étranger aux augmentations accidentelles, telles que la peine que le débiteur principal a encourue par son fait.

La loi *Cornélia*, rendue sous la dictature de Sylla, apporte une exception au principe d'après lequel toute *adpromissio* peut avoir une étendue égale à celle de l'obligation principale. Elle décide qu'une même personne ne pourra garantir un même débiteur envers un même créancier dans la même année pour une valeur supérieure à vingt mille sexterces, *idem pro eodem apud eumdem eodem anno*. Cette loi, qui tendait à di-

Digitized by Google

minuer les emprunts en diminuant le crédit du débiteur, pouvait être facilement éludée par l'adjonction de plusieursgarants partiels. Elle disparut bien avant Justinien.

4° Elle fait naître contre le débiteur principal, au profit du garant qui a payé, un recours pour le remboursement des sommes versées pour l'extinction de la dette. Ce recours général s'exerce soit par l'action *mandati contraria*, si la caution est intervenue du gré ou au su du débiteur, car, dans ce cas, le cautionnement est le résultat d'un mandat exprès ou tacite, soit par l'action *negotiorum gestorum contraria*, si la caution est intervenue à l'insu du débiteur, mais sans opposition de sa part, car, dans ce cas, la caution a géré utilement l'affaire du débiteur en répondant pour lui. L'*adpromissor* n'aurait aucun recours, pas même l'action *de in rem verso*, s'il avait cautionné dans une intention de libéralité, ou malgré la défense formelle du débiteur principal, ou si la dette l'intéressait plutôt lui-même que le débiteur principal.

Le remboursement comprend tout ce que la caution a payé pour le compte et en l'acquit du débiteur principal : capital, intérêts, frais faits contre le débiteur et payés par la caution. La loi veut que la caution soit indemnisée des conséquences du cautionnement ; il ne faut pas qu'elle soit victime du service qu'elle rend au débiteur.

L'adpromettant qui n'a encore ni payé ni été condamné à payer ne possède, en principe, aucun recours ; toutefois, la loi lui accorde un recours anticipé, lorsque le débiteur principal s'est obligé à lui rapporter sa décharge après un délai qui est expiré ou qu'il dissipe ses biens : dans ces deux cas, la caution est exposée à être forcée de payer la dette à l'échéance et de ne pouvoir exercer qu'un recours illusoire contre un insolvable ; c'est pourquoi la loi l'autorise à agir immédiatement contre le débiteur pour obtenir sa décharge ou la remise des fonds nécessaires à sa libération.

5° L'*adpromissio* s'éteint par voie principale ou par voie de conséquence. Elle s'éteint par voie principale ou directement, notamment : 1° dans le cas de paiement fait par la caution : ce mode d'extinction est absolu, c'est-à-dire que, du même

Digitized by Google

coup, l'obligation principale est éteinte ; 2° dans le cas d'acceptilation consentie à la caution : ce mode est également absolu : du même coup, le débiteur principal est libéré ; 3° dans le cas de pacte *de non petendo* consenti à la caution : ce mode d'extinction est relatif, c'est-à-dire que l'obligation du débiteur survit à celle de la caution ; 4° dans le cas de confusion intervenue entre le créancier et la caution : ce mode est relatif ; la dette du débiteur subsiste ; 5° dans le cas de *capitis deminutio* ou de mort sans héritier de la caution ; ces modes sont également relatifs.

Elle s'éteint par voie de conséquence, du chef du débiteur principal, dans les cas d'extinction de l'obligation principale par le paiement, la novation, l'acceptilation, la perte de la chose due. Ces modes opèrent l'extinction de plein droit et sont absolus. La caution peut se prévaloir également à l'égard du créancier, du chef du débiteur, de la compensation, du pacte *de non petendo in rem*, ou de la nullité de l'obligation principale pour cause d'erreur, de dol ou de violence ; les exceptions tirées de la nullité de l'obligation principale sont dites réelles ou inhérentes à la dette, *rei cohærentes*. Mais elle ne peut invoquer les exceptions purement personnelles au débiteur principal, *personæ cohærentes* : ainsi elle ne peut opposer la nullité de l'obligation principale, lorsqu'elle a pour fondement l'incapacité du débiteur, car cette incapacité engendre une exception purement personnelle à celui-ci ; d'ailleurs, l'*adpromissio* a quelquefois pour utilité de garantir le créancier contre les conséquences de l'incapacité du débiteur. Par application de ce principe, la caution ne pourra se prévaloir du bénéfice de la *restitutio in integrum* accordée à un mineur de vingt-cinq ans, qu'elle a garanti sciemment en cette qualité. Pareillement, restent propres au débiteur principal, sans pouvoir être invoquées par la caution, les exceptions tirées du bénéfice de compétence, de la cession de biens, du pacte *de non petendo in personam*. Enfin, tout fait qui libère de plein droit, indépendamment de toute exception, le débiteur principal, sans affecter l'objet de l'obligation, reste étranger à la caution : telles sont la *capitis deminutio* et la mort sans héritier.

Digitized by Google

**Règles spéciales à la sponsio et à la fidepromissio.** — On peut relever trois différences entre la *sponsio* et la *fidepromissio* : 1° la *sponsio* est réservée aux citoyens romains ; 2° le *sponsor* a, outre l'action personnelle, commune à tous les garants, l'*actio depensi*, dont l'avantage est de lui donner le double en cas de dénégation du défendeur ; 3° le *sponsor* a la faculté, s'il n'est pas remboursé dans les six mois du paiement, de procéder à la *manûs injectio pro judicato*.

A part ces différences, la *sponsio* et la *fidepromissio* relèvent de règles communes : 1° Elles ne peuvent accéder qu'aux obligations *verbis* ; 2° Elles sont intransmissibles ; 3° Elles jouissent du bénéfice de société ; 4° Elles jouissent du bénéfice de division.

1° Elles ne peuvent accéder qu'aux dettes *verbis*, c'est-à-dire nées de la stipulation, de la *dictio dotis* ou de la *jurata promissio liberti*. Il est indifférent que la dette garantie soit civile ou naturelle.

Cette nécessité d'accéder à des obligations *verbis* imposait à la *sponsio* et à la *fidepromissio* un champ d'application bien restreint ; mais la novation permettait de ramener à la forme *verbis* les obligations nées d'une autre source.

2° Elles sont intransmissibles : par suite de l'idée de mandat, l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* leur demeure personnelle, tout comme la créance de l'*adstipulator* est personnelle à ce dernier. Cette assimilation entre la *sponsio* ou la *fidepromissio* et l'*adstipulatio* ne peut se justifier : car, si l'on conçoit que la créance de l'*adstipulator* ne passe point à ses héritiers, parce que le mandant n'a donné sa confiance qu'à lui seul, on ne s'explique guère l'intransmissibilité de la *sponsio* ou de la *fidepromissio*, qui atteint du même coup la sécurité du créancier et le crédit du débiteur.

3° Une loi *Apuléia*, plébiscite rendu sous les derniers siècles de la République, établit une société de plein droit entre les *sponsores* ou les *fidepromissores* d'un même débiteur : il en résultait que si l'un de ces *adpromissores* tenus *in solidum* payait au-delà de sa part, il pouvait réclamer par l'action *pro socio* la répartition du surplus entre ses coobligés. Les *sponsores* ou

Digitized by Google

*fidepromissores* d'un même débiteur, devant se trouver légalement associés, avaient un grand intérêt à connaître la quotité de la dette garantie, le nombre des cautions, leurs noms et leurs qualités. C'est pourquoi une loi *Cicéréia* imposait au créancier l'obligation de déclarer hautement, avant d'interroger les adpromettants, le montant de la dette et le nombre des cautions qu'il se proposait de recevoir. A défaut de cette déclaration ou *prædictio*, les adpromettants pouvaient, dans les trente jours qui ont suivi leur promesse, intenter une action préjudicielle pour faire résoudre la question de savoir si la formalité de la *prædictio* exigée par la loi, *an prædictum sit*, avait été remplie : la constatation judiciaire du défaut de cette formalité entraînait leur libération.

4° La loi *Furia de sponsu*, plébiscite rendu quelque temps après la loi *Apuléia* et applicable seulement en Italie, établit une division de plein droit entre tous les *sponsores* ou *fidepromissores* vivants à l'époque de l'échéance de la dette, de telle sorte que le créancier ne put désormais demander à chacun d'eux le total de la dette, mais seulement sa part virile, sous peine d'encourir la déchéance de son droit par suite de la *plus petitio*. Si l'un des *sponsores* ou *fidepromissores* avait payé par erreur au-delà de sa part, il pouvait répéter le surplus par la *condictio indebiti*, et le *sponsor* jouissait même d'une *manûs injectio pro judicato* pour assurer son recours.

En outre, la loi *Furia* apporta une dérogation importante au principe que l'obligation ne saurait s'éteindre par un laps de temps, en limitant à deux ans la durée de la dette du *sponsor* ou *fidepromissor* : à l'expiration de ce délai, la caution était libérée de plein droit.

Cette dernière décision révèle l'esprit tout politique de la loi *Furia* : l'abus des emprunts était devenu une source permanente de désordres ; on essaya de prévenir le mal en limitant la durée des sûretés personnelles ; cette limitation stimulait l'ardeur des créanciers contre les garants et devait diminuer les dettes en portant atteinte au crédit du débiteur.

**Règles spéciales à la fidejussio.** — *Idée générale.* — La loi *Cornélia* est la première qui ait parlé de la fidéjussion : consti-

Digitized by Google

tuant une sûreté plus large que les deux autres, ce mode d'*adpromissio* l'emporta dans la pratique. La fidéjussion accède valablement à toute dette, qu'elle provienne d'un contrat ou quasi-contrat, d'un délit ou quasi-délit, ou de la loi. Seule, l'obligation qui pèse sur le mari de restituer la dot à la femme ne comporte pas de fidéjussion ; le Code civil dispose également que le mari n'est pas tenu de fournir caution, à moins d'y être assujetti par le contrat de mariage. Le fondement de cette faveur se trouve dans cette idée que l'obligation de fournir caution eût été blessante pour le mari.

*Condition juridique des fidéjusseurs.* — L'obligation du fidéjusseur est perpétuelle et transmissible à ses héritiers.

A l'origine de la fidéjussion, le créancier peut, à son choix, demander la totalité de la dette au débiteur principal ou à l'un quelconque des cofidéjusseurs engagés *in solidum*, puisqu'ils ont tous promis la même prestation ; la puissance d'efficacité entre l'obligation principale et les obligations accessoires est la même. De plus, le fidéjusseur qui a payé n'a aucun recours contre ses cofidéjusseurs. Enfin, la *litis contestatio* intervenue contre l'un des coobligés même insolvable épuise le droit du créancier.

Cette condition rigoureuse du fidéjusseur fut tempérée par la concession successive de trois bénéfices, le bénéfice de cession d'actions, le bénéfice de division, le bénéfice de discussion. Au surplus, Justinien supprima l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

**Bénéfice de cession d'actions.** — Ce bénéfice, le plus ancien dans l'ordre chronologique, fut organisé par la jurisprudence : il conférait au fidéjusseur le droit d'exiger du créancier, en lui offrant le montant intégral de la dette, la cession des actions devenues désormais inutiles pour lui. La demande doit en être faite avant le paiement effectué ou la *litis contestatio*, car l'extinction de la dette ne laisserait plus rien à céder. Si le créancier s'y refuse, le fidéjusseur aura l'exception de dol pour repousser son action. Le Code civil établit une subrogation de plein droit au profit de la caution qui a payé le créancier.

Digitized by Google

Du reste, si la cession est un droit pour le fidéjusseur, il faut qu'elle soit encore possible. Or, il résulte du caractère unilatéral et de droit strict de la fidéjussion que le créancier n'est pas tenu de garder en réserve ses actions avec les garanties accessoires dont elles sont pourvues, ni d'assurer leur efficacité. S'il a, par sa négligence, laissé une hypothèque s'éteindre par la prescription ou laissé devenir le débiteur insolvable, il n'en a pas moins le droit d'exiger du fidéjusseur le montant intégral de la dette. En droit français, au contraire, la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Ainsi je me porte caution d'une dette garantie par une hypothèque ; le créancier donne main-levée de l'hypothèque ou laisse périmer son inscription et perd, par suite, son droit d'être colloqué en rang utile ; je serai déchargé de mon cautionnement, parce que le créancier a, par son fait ou sa négligence, rendu impossible ou illusoire la subrogation à mon profit dans son hypothèque, bénéfice éventuel en considération duquel j'ai consenti à me porter caution.

L'avantage de la cession est double pour le fidéjusseur : 1° Il peut substituer à l'action personnelle, commune à tous les garants, l'action du créancier, à laquelle peuvent être attachées diverses sûretés, telles que gage, hypothèque, privilège, ou la sanction rigoureuse d'une condamnation au double en cas d'*infitiatio* ; par suite, il peut se prévaloir des sûretés réelles à l'encontre des tiers détenteurs ou des autres créanciers du débiteur garanti ; 2° La cession lui donne contre ses cofidéjusseurs un recours qui lui manque de son chef.

**Bénéfice de division.** — Outre que la cession d'actions exigeait un versement de fonds parfois gênant, elle n'était, pour le fidéjusseur qui avait payé, qu'une ressource illusoire dans le cas d'insolvabilité de l'obligé principal et des cofidéjusseurs. Mû par cette considération, Adrien établit, par rescrit, le bénéfice de division, qui permet au fidéjusseur poursuivi par le créancier d'obtenir la division de la dette entre lui et ses cofidéjusseurs solvables au jour de la *litis contestatio*. On le

Digitized by Google

voit, la division permet au fidéjusseur actionné pour le tout de n'avoir à payer que la part qu'il doit supporter en définitive. La division n'a pas lieu de plein droit ; elle doit être invoquée par le fidéjusseur. Si le créancier se refuse à répartir sa poursuite entre tous les autres cofidéjusseurs solvables, il sera repoussé par l'exception *si non et illi solvendo sint*. En conséquence, le créancier qui demande le tout, ne commet pas de *plus petitio* ; de plus, le fidéjusseur poursuivi qui laisse délivrer une formule pure et simple est régulièrement condamné pour le tout ; enfin, le paiement du tout, fait même par erreur, ne donnerait pas au fidéjusseur la *condictio indebiti* pour ce qui excède sa fraction. Ce sont tout autant de différences entre le bénéfice de division et la division que la loi *Furia* établissait de plein droit entre les *sponsores* ou *fidepromissores* du même débiteur.

Le bénéfice de division n'est invocable qu'entre cofidéjusseurs obligés à la même dette, en faveur du même débiteur, et solvables au jour de la *litis contestatio*. Si toutes les cautions sont solvables au moment de la *litis contestatio*, la caution qui a invoqué le bénéfice de division sera condamnée pour sa part virile, par exemple, un tiers, s'il y a trois cautions ; s'il y a des cautions insolvables au jour de la *litis contestatio*, par exemple, sur quatre, deux sont insolvables, le juge opèrera la division de la dette comme s'il n'y avait que deux cautions. Mais les insolvabilités qui surviennent après la délivrance de la formule sont supportées exclusivement par le créancier.

On voit, par l'effet de ce bénéfice, l'intérêt qu'a le fidéjusseur à connaître le nombre de ses cofidéjusseurs, et c'est pour qu'il ne puisse pas l'ignorer que la nécessité de la *prædictio* fut étendue au cas de fidéjussion.

Ce bénéfice ne peut être invoqué ni par le fidéjusseur qui a commencé par nier son engagement, c'est là une déchéance, ni par le fidéjusseur d'un tuteur, c'est là une faveur pour le pupille, ni par ceux qui y ont renoncé expressément ou tacitement.

Le bénéfice de cession d'actions et le bénéfice de division ne se cumulent pas : c'est au fidéjusseur de choisir celui qui lui sera le plus profitable, suivant les cas.

Digitized by Google

**Bénéfice de discussion.** — Ce bénéfice permet au fidéjusseur poursuivi de se soustraire à l'action du créancier, tant que le débiteur principal n'a pas été poursuivi et son insolvabilité constatée par la vente préalable ou discussion de ses biens. Ce bénéfice est fondé sur une considération d'équité : s'il est vrai que le fidéjusseur a garanti l'exécution de l'obligation à l'échéance, il n'est pas moins vrai que c'est pour rendre service qu'il est intervenu et qu'il est juste de l'autoriser à exiger qu'avant que le créancier puisse s'attaquer à lui, il soit constaté que l'obligé principal est dans l'impossibilité de payer. C'est Justinien qui établit ce bénéfice : la fidéjussion fut, dès lors, considérée comme une obligation essentiellement subsidiaire. Il faut, toutefois, observer que, déjà, à l'époque classique, un bénéfice analogue existait au profit des cautions engagées dans l'intérêt des débiteurs du fisc, et que, à part ce cas exceptionnel, les fidéjusseurs pouvaient l'établir par des conventions expresses.

Le bénéfice de discussion doit faire l'objet d'une demande expresse avant toutes défenses au fond.

Trois conditions sont nécessaires pour qu'on puisse s'en prévaloir : 1° Que le débiteur principal ne soit pas notoirement insolvable ; 2° Que les biens mobiliers ou immobiliers ne soient pas d'une discussion trop longue ni trop difficile ; tel serait le cas de biens litigieux ou très éloignés ; 3° Que le débiteur, s'il est absent, ait laissé un *procurator*. Le Code civil exige, au surplus, que la caution avance au créancier les deniers suffisants pour faire la discussion : il est juste, en effet, que le créancier ne soit pas forcé d'avancer des frais qui se font dans l'intérêt exclusif de la caution.

Lorsque la discussion a été régulièrement requise, le créancier engage sa responsabilité en négligeant d'y procéder : car, s'il laisse par ses lenteurs le débiteur devenir insolvable, il perdra la somme que la discussion lui aurait procurée, sans pouvoir plus recourir contre le fidéjusseur.

Le droit de requérir la discussion préalable du débiteur constituant un bénéfice pour le fidéjusseur, celui-ci est libre d'y renoncer expressément ou tacitement.

Digitized by Google

**Fidejussio indemnitatis.** — On entend par *fidejussio indemnitatis* l'obligation prise par une personne d'indemniser le créancier de la perte qu'il peut éprouver en face de l'insolvabilité du débiteur : le fidéjusseur devra donc payer au créancier tout ce que celui ci ne pourra obtenir du débiteur ; par conséquent, il ne sait d'avance ni s'il devra, ni ce qu'il devra.

Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur la nature de la *fidejussio indemnitatis* : les uns considéraient l'obligation du *fidejussor indemnitatis* comme pure et simple et en concluaient à la possibilité d'une poursuite immédiate contre lui ; les autres, et leur opinion prévalut, la considéraient comme conditionnelle et subsidiaire : dès lors, le fidéjusseur ne pouvait être poursuivi avant que le débiteur n'eût été discuté. et le créancier qui, par sa négligence, laissait le débiteur devenir insolvable devait seul en supporter les conséquences.

**Mandatum pecuniæ credendæ.** — Le *mandatum pecuniæ credendæ* est une forme d'*intercessio* par laquelle une personne donne, à ses risques et périls, mandat à une autre de conclure un contrat, en général, un prêt d'argent, avec une troisième personne. Celle-ci est le débiteur principal, le mandataire est le créancier, et le mandant est la caution. On avait d'abord hésité à admettre la validité d'un pareil mandat, qui semble, au premier aspect, ne pas intéresser le mandant ; mais on fit observer avec raison que ce mode d'intercession assurait le crédit du débiteur et que le mandat, une fois exécuté, oblige le mandant à indemniser le prêteur de tout le préjudice que lui a causé l'exécution. Comme le fidéjusseur, le mandant intercédant ne peut s'obliger *in duriorem causam*, il jouit du bénéfice de cession d'actions, de celui de division et de celui de discussion. Mais de nombreuses différences les séparent : elles proviennent de ce que le mandat est un contrat principal, consensuel, de bonne foi, synallagmatique imparfait, tandis que la fidéjussion est accessoire et s'opère par la stipulation, contrat unilatéral et de droit strict.

1° Le mandat est un contrat principal, synallagmatique imparfait, la fidéjussion un contrat unilatéral accessoire. L'obligation du mandant n'est pas la même que celle du débiteur, il

Digitized by Google

doit seulement indemniser le mandataire du préjudice résultant pour lui de l'exécution du mandat ; en conséquence, s'il paie le créancier, il ne libère pas le débiteur de plein droit, il ne fait naître au profit de ce dernier qu'une exception de dol ; de même, la règle antérieure à Justinien que la *litis contestatio* intervenue contre l'un des obligés éteint l'obligation des autres ne s'applique pas au *mandatum pecuniæ credendæ*, puisque chaque obligation a, dans l'espèce, un objet différent. L'obligation du fidéjusseur, au contraire, a le même objet que l'obligation principale.

2° Le *mandatum pecuniæ credendæ* précède nécessairement la dette qu'il garantit, puisque c'est le mandant qui provoque la naissance de cette dernière ; il est donc inapplicable aux dettes préexistantes. La fidéjussion peut précéder, accompagner ou suivre l'obligation principale. Il résulte de cette immixtion spontanée du mandant qu'il peut moins facilement que le fidéjusseur se prévaloir des exceptions nées dans la personne du débiteur : par exemple, eût-il ignoré la minorité du débiteur, il ne profitera pas de la *restitutio in integrum* accordée à l'incapable. Il en résulte encore que la loi *Cicéréia* n'était pas applicable au *mandatum pecuniæ credendæ*.

3° Le mandat, contrat consensuel, peut se former entre absents, sourds, muets, *per epistolam* ou *per nuntium* ; la fidéjussion, contrat *verbis*, exige la présence et la capacité naturelle des parties.

4° Le mandat, contrat de bonne foi, oblige le mandataire créancier à faire au mandant une cession complète de ses actions ; et si le créancier s'est mis, par son fait, dans l'impossibilité de les lui céder, le mandant pourra refuser de le payer ; nous avons vu, au contraire, que le fidéjusseur, à raison du caractère strict de la fidéjussion, ne peut pas se plaindre dans le cas où le créancier n'aurait pas conservé toutes ses actions dans leur intégrité.

5° Le *mandatum pecuniæ credendæ* se restreint aux obligations futures naissant d'un contrat, le plus souvent d'un prêt ; la fidéjussion s'applique aux obligations nées ou à naître d'un contrat ou d'un quasi-contrat, aux obligations déjà nées d'un délit ou quasi-délit.

Digitized by Google

**Pacte de constitut accessoire.** — Le *constitutum alieni debiti* est la convention par laquelle on s'engage à payer à jour fixe la dette d'autrui. Ce constitut suppose que l'*intercessor* a voulu s'obliger à côté du débiteur; s'il avait voulu s'obliger à la place du débiteur, ce serait une *expromissio*.

L'*intercessor* par constitut jouit, comme le fidéjusseur, du bénéfice de cession d'actions, et, depuis Justinien, des bénéfices de division et de discussion.

Les principales différences de ce pacte avec la fidéjussion sont : 1° le constitut suppose toujours une obligation préexistante ; 2° il n'est point soumis à la *prædictio* de la loi *Cicéréia* ni aux limitations de la loi *Cornélia* ; 3° si le constituant s'oblige *in duriorem causam*, l'obligation est seulement réductible ; 4° la poursuite dirigée contre le débiteur principal ne libérait pas le constituant, et réciproquement ; 5° le constitut, pacte prétorien, n'exige aucune forme spéciale et peut avoir lieu entre absents ; 6° l'action de constitut, *de pecuniâ constitutâ*, était engagée sur une *sponsio* ou gageure s'élevant à la moitié de la valeur du litige ; 7° le constitut suppose une dette de choses fongibles, c'est-à-dire de choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent et peuvent se remplacer.

## Section VI. — Effets des obligations.

### *Notions générales.*

Il importe de ne pas confondre l'effet des contrats avec l'effet des obligations.

Le contrat a pour effet de produire des obligations, soit à la charge des deux parties, si le contrat est synallagmatique, soit à la charge d'une seule, s'il est unilatéral.

En droit français, le contrat opère, en outre, le transport de propriété ou l'établissement d'un droit réel. A Rome, les modes d'acquérir sont distincts des modes de s'obliger : le contrat est simplement productif d'obligations, il ne transfère, par lui-même, ni la propriété, ni un autre droit réel ; le transport ou la constitution des droits réels est produit par un fait matériel postérieur au contrat. Celui qui a promis de transfé-

Digitized by Google

rer la propriété de la chose devient donc débiteur avant d'être aliénateur ; il n'a pas encore aliéné, mais il est obligé d'aliéner ; il aliène en exécutant son obligation, c'est-à-dire en livrant la chose due. Celui auquel cette promesse a été faite devient créancier avant d'être acquéreur : il a seulement le droit d'exiger qu'on lui transfère la propriété promise ; c'est le paiement de sa créance, c'est-à-dire la tradition de la chose due, qui le rend propriétaire.

En droit français, celui qui a promis la propriété de sa chose devient aliénateur en même temps que débiteur ; celui auquel elle a été promise devient acquéreur en même temps que créancier. La tradition n'a d'autre effet chez nous que de mettre la chose à la disposition de l'acquéreur, pour qu'il puisse s'en servir suivant sa destination.

L'obligation a pour effet de mettre le débiteur dans la nécessité d'accomplir la prestation qu'il a promise. Le créancier aura une action personnelle pour exiger cette prestation. En conséquence, le débiteur engage sa responsabilité s'il n'exécute pas, s'il n'exécute que partiellement, ou exécute tardivement. Mais il faut distinguer plusieurs cas pour connaître l'étendue de sa responsabilité : 1° La cause de l'inexécution peut être un cas fortuit : dans ce cas, il est libéré, en principe, et l'on peut se demander, dans les contrats synallagmatiques, s'il ne conserve pas, malgré sa libération, la créance corrélative qu'il avait contre l'autre partie, c'est la théorie des risques ; 2° Le cas fortuit, cause d'inexécution, peut arriver après la mise en demeure du débiteur ; dans ce cas, il n'est pas libéré, c'est la théorie de la demeure ; 3° Si le débiteur s'est mis par sa faute dans l'impossibilité d'exécuter, il reste encore tenu, c'est la théorie des fautes. Nous allons examiner successivement ces divers cas.

### I. — *Causes d'inexécution des obligations et sanction en cas d'inexécution.*

**Inexécution résultant d'un cas fortuit. — Théorie des risques.** — Lorsque l'inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure, c'est-à-dire d'un événement résultant d'une



Digitized by Google

cause étrangère et non imputable au débiteur, par exemple, la mort, le vol, la destruction par la foudre de l'objet dû, le débiteur est libéré, si la chose due est un corps certain : *interitu rei certæ debitor liberatur* : ainsi, par exemple, la chose déposée venant à périr par le feu du ciel, le dépositaire sera libéré. Si la chose est un genre ou une quantité, l'obligation ne peut périr, car il faudrait supposer pour cela qu'il ne reste plus un seul objet du genre promis : *genera non pereunt.*

Au cas où le corps certain est détruit par un tiers ou soustrait frauduleusement, le créancier peut, si le contrat est de bonne foi, obtenir du débiteur libéré la cession de ses actions contre le tiers.

A cette libération par cas fortuit se rattache la théorie des risques, dans les contrats synallagmatiques. On entend par *risques* le danger pour une partie de supporter les pertes ou détériorations qu'un corps certain subit par suite d'un cas fortuit ou de force majeure. Voici comment se pose la question des risques : l'une des parties étant libérée de son obligation par la perte fortuite du corps certain survenue dans l'intervalle du contrat à la tradition peut-elle exiger de l'autre partie l'exécution de son obligation réciproque ?

Oui, en thèse générale. Ainsi, dans la vente pure et simple, ou à terme d'un corps certain, la perte fortuite libère le vendeur de l'obligation de livrer, mais ne libère pas l'acheteur de l'obligation de payer son prix ; les risques de la perte totale ou partielle sont donc à la charge de l'acheteur, créancier de la chose vendue : je vous vends tel cheval cent ; avant l'expiration du délai fixé pour la livraison, il meurt subitement ; vous devrez quand même me payer le prix.

De prime abord, il paraît injuste que l'acheteur, qui ne s'est obligé que pour avoir la chose, soit tenu de payer le prix sans rien recevoir en échange ou en ne recevant qu'un objet détérioré. Mais l'injustice n'est qu'apparente. Sans doute, au moment de la formation du contrat, la chose doit exister, pour qu'il y ait un objet dans l'obligation du vendeur et une cause dans celle de l'acheteur ; chacune des parties s'oblige pour obliger l'autre ; mais, une fois les deux obligations formées

Digitized by Google

par le consentement des parties, elles deviennent indépendantes l'une de l'autre, ont leur vie propre, et l'extinction de l'une n'entraîne pas l'extinction de l'autre : celle du vendeur, qui porte sur un corps certain, peut s'éteindre par la perte fortuite, suivant la règle *interitu rei certæ debitor liberatur ;* celle de l'acheteur, qui porte sur un genre, ne peut s'éteindre, suivant la maxime *genera non pereunt.* A côté de cette raison juridique, on peut faire valoir deux considérations de fait : d'abord, si l'acheteur est exposé à payer le prix d'une chose qu'il ne reçoit pas ou reçoit détériorée, le vendeur n'est-il pas exposé, de son côté, à perdre la chose et le prix par suite de l'insolvabilité de l'acheteur, auquel il peut avoir livré la chose avant d'être payé ? En outre, principalement dans les ventes pures et simples ou à terme, ne peut-on pas dire que l'acheteur doit supporter les mauvaises chances, puisqu'il profite des bonnes chances ? Que la chose vendue vienne à être améliorée ou à augmenter de valeur par cas fortuit dans l'intervalle de la vente à la tradition, l'acheteur trouvera naturel de profiter de ce bénéfice sans augmentation de prix.

La règle qui met les risques à la charge de l'acheteur ne peut s'expliquer par la maxime *res perit domino*, puisque l'acheteur romain, qui n'a ni reçu la chose ni payé son prix, n'est pas propriétaire. Les maximes *res perit domino* et *interitu rei certæ debitor liberatur* se trouvent d'accord dans le cas où le propriétaire est en même temps créancier de sa chose, comme dans le commodat ou le dépôt.

La loi déclare le débiteur d'un corps certain entièrement libéré, c'est-à-dire qu'il ne devra même pas des dommages-intérêts au créancier pour le préjudice que celui-ci éprouve, parce que ce préjudice ne provient pas de son fait. Mais le débiteur devra lui céder les actions nées à l'occasion de la chose.

Dans la vente sous condition suspensive, et en supposant la condition accomplie, les risques de la perte partielle, survenue *pendente conditione*, pèsent sur l'acheteur, qui devra tout le prix, par ces motifs que la perte partielle n'empêche pas la naissance de l'obligation lors de l'accomplissement de la condition, et que celui qui profite des améliorations ou accrois-

Digitized by Google

sements doit subir les diminutions ; mais les risques de la perte totale sont à la charge du vendeur, qui n'aura pas droit au prix ; car ici le contrat n'a pas pu se former, puisque la chose qui en faisait l'objet n'existe plus au moment de la réalisation de la condition : l'obligation du vendeur n'a donc jamais existé, et, par suite, celle corrélative de l'acheteur n'a pas pu se former, faute de cause.

Dans les ventes sous condition résolutoire, si la condition vient à défaillir, les risques de la perte totale ou partielle sont indubitablement supportés par l'acquéreur, car la vente est réputée avoir toujours été pure et simple dès l'origine ; mais, si la condition vient à s'accomplir, des auteurs distinguent entre la perte partielle et la perte totale : ils mettent les risques de la perte partielle à la charge du vendeur et les risques de la perte totale à la charge de l'acheteur. Que les risques de la perte partielle soient supportés par le vendeur, c'est-à-dire qu'il soit tenu de restituer tout le prix ou qu'il ne puisse l'exiger, rien de plus juste, car il avait la chance contraire de profiter des améliorations ; mais que la perte totale soit supportée par l'acheteur, c'est-à-dire qu'il n'ait pas le droit de retenir ou de réclamer le prix, nous ne pouvons l'admettre. La résolution ne peut plus, dit-on, s'opérer, parce que l'objet n'existe plus. Mais la résolution n'est pas une revente : si l'existence de l'objet est nécessaire au moment de la formation du contrat, elle ne l'est pas au moment de sa dissolution. Nous croyons plutôt que ce soit le vendeur qui doive supporter les risques de la perte totale, c'est-à-dire être tenu de restituer tout le prix ou ne pouvoir l'exiger, comme s'il n'y avait pas eu de vente, car la réalisation de la condition résolutoire fait considérer la vente comme n'ayant jamais existé.

Dans le louage, les risques de la perte totale ou partielle sont pour le bailleur : la raison en est que les obligations des deux parties sont étroitement unies : la disparition de l'une entraîne la disparition de l'autre ; autrement dit, l'obligation du preneur de payer le loyer est successive et ne s'impose à lui qu'en proportion de la jouissance successive qu'on lui procure. Si donc la perte fortuite est totale, plus de jouissance

Digitized by Google

ni de salaire ; si la perte est partielle, jouissance amoindrie et loyer ou fermage diminué.

Dans la société, les risques seront pour la société, si l'associé a promis d'apporter un corps certain en propriété ; l'associé sera libéré : on suivra, dans ce premier cas, les règles de la vente. Les risques seront pour l'associé, s'il a promis la jouissance d'un corps certain, suivant les règles du louage : car, dans ce dernier cas, l'obligation de l'associé consiste en prestations successives.

Il y a trois cas qu'il faut éliminer de la questions des risques :

1° Celui où une clause de la convention les met à la charge du débiteur ;

2° Celui où le cas fortuit, qui a fait périr ou a détérioré la chose, a été occasionné par une faute du débiteur, par exemple, si la chose a été volée parce que le débiteur a négligé de la mettre en lieu sûr ;

3° Celui où la chose a péri pendant la demeure du débiteur.

**Inexécution en cas de mise en demeure : théorie de la mora.** — La demeure est le retard sans cause légitime que le débiteur apporte, après interpellation du créancier, à l'exécution de l'obligation.

Elle suppose donc deux conditions :

1° Une interpellation ou sommation régulière d'avoir à s'exécuter adressée, après l'échéance, par le créancier au débiteur. Si le débiteur est absent, la simple constatation de l'absence devant témoins tient lieu d'interpellation. Le débiteur peut même se trouver en demeure de plein droit et sans le fait du créancier ; c'est, notamment, lorsque l'obligation résulte d'un délit : ainsi le voleur est toujours en demeure de restituer la chose soustraite.

Mais la seule arrivée du terme, dans les obligations affectées de cette modalité, ne constitue pas le débiteur en demeure : il faut une interpellation, qui ne pourra avoir lieu que le lendemain de l'échéance du terme. On a prétendu, toutefois, en se fondant sur l'adage *dies interpellat pro homine,* qui n'est pas romain, que la demeure avait lieu de plein droit dans les obligations à terme. Qu'il en soit ainsi dans certains cas détermi-



Digitized by Google

nés, rien de plus vrai : par exemple, la stipulation pénale est exigible, sans sommation préalable, dès l'échéance de l'obligation principale ; de même, l'effet du pacte commissoire se produit dès l'échéance du terme. Mais, en thèse générale, que l'obligation soit pure et simple ou à terme, tant que le débiteur n'a pas été interpellé, la loi suppose que le retard qu'il apporte à l'exécution de l'obligation ne cause aucun préjudice au créancier, et que celui ci n'a pas d'intérêt à l'exécution immédiate. Du reste, le terme, qui est, en principe, dans l'intérêt du débiteur, se retournerait contre lui si l'on attachait la mise en demeure à sa seule échéance.

2° Un retard sans cause légitime : par suite, si le débiteur a des motifs légitimes pour se refuser à l'exécution de son obligation, s'il a des raisons plausibles de se croire libéré, ou s'il a perdu sans dol ni faute la possession de ce qu'il doit, son refus d'obtempérer à la sommation ne le met pas en demeure.

Les effets de la demeure reposent sur cette idée que le débiteur qui se laisse mettre en demeure est en faute et qu'il doit supporter la responsabilité de cette faute. Il en résulte deux conséquences importantes :

1° Si la dette a pour objet un corps certain, la demeure transporte du créancier au débiteur les risques de la perte totale ou partielle par suite d'un cas fortuit. Toutefois, il y a lieu de distinguer, à cet égard, entre les obligations de droit strict et celles de bonne foi.

Dans les obligations de droit strict, la mise en demeure perpétue dans tous les cas l'obligation du débiteur : il ne peut se libérer, même en établissant que la chose aurait péri ou se serait détériorée tout aussi bien chez le créancier.

Mais, dans les obligations de bonne foi, il faut faire une différence entre les cas fortuits qui sont une conséquence de la demeure et ceux qui n'ont aucun lien avec la demeure. Le débiteur ne sera responsable que des premiers : ainsi, après la mise en demeure, le cheval vendu périt dans un incendie chez le débiteur : le débiteur répondra de ce cas fortuit, qui n'aurait pas fait périr la chose si elle eût été livrée au créancier. Si, au contraire, l'animal meurt d'un coup de sang ou

Digitized by Google

par un vice qui lui est propre, le préjudice a une cause étrangère à la demeure ; la mort se serait tout aussi bien produite chez le créancier ; la perte sera pour lui.

2° Dans les contrats de bonne foi, la demeure rend le débiteur comptable des fruits de la chose et fait courir les intérêts non stipulés qu'un capital en argent aurait pu produire et qu'on appelle, dans ce cas, *intérêts moratoires*. Dans les contrats de droit strict, les fruits d'une chose qui a déjà été au créancier lui sont dus à partir de la demeure, dans le cas contraire, à partir de la *litis contestatio* ; mais les intérêts moratoires ne sont jamais dus, ni en vertu de la demeure, ni en vertu de la *litis contestatio*. Le texte qui dit : *lite contestatâ usuræ currunt*, signifie que la *litis contestatio* n'arrête pas le cours des intérêts.

La raison de cette différence entre les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict, en ce qui concerne les intérêts, repose sur le principe que le juge d'une action de droit strict ne peut accorder au demandeur plus qu'il n'est compris dans sa demande.

La demeure est *purgée*, lorsque les effets en sont arrêtés, soit par des offres de paiement, soit par une novation conditionnelle, soit par une acceptilation tacitement conditionnelle. Le débiteur se trouvera, dès lors, affranchi du risque des cas fortuits.

**Inexécution en cas de faute du débiteur. Théorie des fautes contractuelles.— Notions générales.—** La faute contractuelle consiste dans tout fait ou omission relatifs à l'exécution d'une obligation, mais exclusifs de mauvaise foi : elle est donc *in committendo* ou *in omittendo*. De plus, quand la faute est accompagnée de mauvaise foi, c'est-à-dire quand le débiteur contrevient sciemment, par un fait actif ou passif, à ses obligations, elle reçoit le nom de *dol*.

Il ne faut pas confondre la faute contractuelle avec la faute qu'on nomme indifféremment délictuelle, pénale ou aquilienne : cette faute, qui consiste dans une atteinte à la personne ou aux biens, ne suppose pas nécessairement, comme la faute contractuelle, un rapport d'obligation entre l'auteur et la victime du dommage. Elle suppose toujours un fait actif. C'est la

Digitized by Google

source d'une obligation, au lieu d'en être la conséquence.

La faute contractuelle est du domaine des contrats ou quasi-contrats, la faute pénale de celui des délits ou quasi-délits. Mais un principe leur est commun : c'est que toute responsabilité cesse devant le cas fortuit ou de force majeure, à moins que le débiteur ne l'ait lui-même provoqué ou pris à sa charge.

La faute contractuelle, qui provient de ce que le débiteur n'a pas exécuté ou a mal exécuté son obligation, ou bien a détruit ou détérioré, laissé périr, détruire, enlever ou détériorer la chose due, présuppose nécessairement que l'obligation porte sur un fait ou sur un corps certain. Car si la chose due est un genre ou une quantité, par exemple, dix hectolitres de froment, le débiteur ne peut être astreint à veiller à la conservation de la chose, puisqu'elle n'est pas individuellement déterminée. On applique la maxime : *genera non pereunt.*

**Des diverses espèces de faute contractuelle.** — En laissant le dol à part, on distingue deux espèces de faute contractuelle : la faute lourde et la faute légère.

1° La faute lourde, *culpa lata* ou *doli proxima*, qu'on assimilait au dol à raison de sa gravité, est la négligence impardonnable, l'étourderie grossière, l'ineptie caractérisée, l'acte ou l'omission contraire au sens commun, *non intelligere quod omnes intelligunt.* Les textes citent le cas du débiteur de bijoux qui les oublient sur la voie publique.

2° La faute légère, *culpa levis*, se subdivise, d'après les interprètes, en faute légère *in abstracto* et faute légère *in concreto.*

La faute légère *in abstracto* est celle que ne commettrait pas le père de famille le plus diligent pris comme idéal : le débiteur est alors comparé au type abstrait du père de famille le plus diligent ; et il sera en faute toutes les fois qu'il commettra ou omettra un acte que l'administrateur modèle n'aurait ni commis ni omis.

La faute légère *in concreto* est celle que le débiteur lui-même ne commettrait pas dans l'administration de ses propres affaires : il sera, dès lors, en faute toutes les fois qu'il n'apportera pas à la chose d'autrui les soins qu'il apporte à la sienne.

Les Romains n'ont connu que ces deux degrés de faute : la

Digitized by Google

faute lourde et la faute légère. Seulement, il y avait, suivant les cas, deux manières de supputer la faute légère.

Les anciens jurisconsultes français, suivant une théorie qu'ils croyaient admise en droit romain et que le Code civil a pris soin de répudier, distinguaient trois degrés de faute : *culpa lata, levis, levissima*. Le débiteur répondait de la *culpa lata*, quand le contrat était dans l'intérêt unique du créancier, comme le dépôt, de la *culpa levis* ou de la faute qu'éviterait un administrateur d'une diligence moyenne, quand le contrat était dans l'intérêt à la fois du créancier et du débiteur, comme la vente, de la *culpa levissima* ou de la faute qu'éviterait un administrateur d'une diligence exceptionnelle, quand le contrat était dans l'intérêt unique du débiteur, comme le commodat ou prêt à usage. La théorie des trois fautes est condamnée par l'ensemble des textes romains.

**Principes communs à tous les contrats ou quasi-contrats.** — Un premier point constant, c'est que les parties peuvent élargir ou restreindre, au moyen de pactes, la responsabilité contractuelle fixée par le droit commun. Une seule clause est interdite comme contraire à l'ordre public, c'est de convenir qu'on ne répondra pas du dol ; il faut en dire autant, croyons-nous, de la faute lourde, qui équivaut juridiquement au dol.

Un autre principe incontestable, c'est que le dol et la faute lourde ne se présument pas et que la preuve doit en être faite par le créancier qui les invoque : nous verrons qu'il en est de même de la faute aquilienne. Mais la faute légère se présume toujours, et c'est au débiteur qui se prétend libéré et oppose un moyen de défense d'établir sa libération en prouvant l'absence de faute légère.

**Principes spéciaux aux obligations de bonne foi.** — Le juge de l'action de bonne foi, devant statuer *ex æquo et bono*, se décidera suivant les circonstances de chaque cas plutôt que d'après une théorie quelconque. Des principes uniformes et inflexibles pour régler tous les cas eussent choqué le caractère des actions de bonne foi. Dès lors, à raison de cette mobilité des principes suivant l'appréciation des espèces, on ne peut procéder que par énumération :

Digitized by Google

1° Ne répondent que du dol et de la faute lourde le dépositaire, puisque le dépôt n'intéresse que le créancier et que le dépositaire rend un service gratuit, le commodant, puisqu'il n'a aucun intérêt dans le contrat, le précariste, à raison, sans doute, de ce qu'à l'origine le précaire n'était qu'une relation de fait entre un patron et son client. Mais les circonstances particulières dans lesquelles le dépôt a été fait peuvent venir aggraver la responsabilité du dépositaire : ainsi il répond même de la *culpa levis in abstracto*, lorsqu'il s'est offert lui-même à recevoir le dépôt, et supporte les risques des cas fortuits, lorsque le dépôt a été exclusivement fait dans son intérêt. Pareillement, le commodant répond même de sa faute légère, s'il a dans le contrat un intérêt personnel.

2° Répondent du dol, de la faute lourde et de la faute légère *in concreto* et *in abstracto* le commodataire, parce qu'il a un intérêt personnel dans le contrat, le créancier gagiste et le vendeur, parce qu'ils sont tenus de veiller en bon père de famille à la conservation de la chose, le locataire, parce qu'il doit exploiter la chose en bon père de famille, les mandataires, à raison de leur mission de confiance, les gérants d'affaires, à raison de leur immixtion volontaire dans les affaires d'autrui et du désir de la loi de protéger les biens des absents, les tuteurs et curateurs, parce que la loi a vu dans leur titre à la fois une charge de confiance et une protection pour les incapables. Toutefois, des conventions expresses ou des circonstances de fait peuvent, dans certains cas, atténuer la responsabilité du débiteur : c'est ainsi que le commodataire n'est tenu que de la *culpa levis in concreto*, lorsque le contrat intéresse à la fois les deux parties ; c'est ainsi encore que le gérant d'affaires n'est tenu que de son dol, lorsque des besoins urgents ont nécessité son intervention.

3° Ne répondent que du dol, de la faute lourde et de la faute légère *in concreto* les débiteurs qui gèrent une chose commune entre eux et le créancier : tels sont les associés, les communistes, le mari poursuivi en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ*. La raison en est, pour les associés et les communistes, que la chose sociale ou commune est aussi la chose de

Digitized by Google

chacun ; pour le mari, qu'on ne peut raisonnablement lui demander compte que de la faute qu'il n'aurait pas commise dans l'administration de ses biens propres.

**Principes spéciaux aux obligations de droit strict.** — La question des fautes ne peut se poser qu'à propos de la stipulation de faire ou de donner un corps certain et du quasi-contrat d'acceptation d'une disposition testamentaire.

Quand la stipulation porte sur un fait, le débiteur est responsable même de sa faute légère appréciée *in abstracto* qui a empêché activement ou passivement l'accomplissement de l'obligation.

Dans la stipulation de donner un corps certain, le débiteur ne répond que d'un fait actif qui empêche l'exécution de sa promesse, il ne répond pas de ses omissions ou négligences, fussent-elles dolosives. Ainsi, s'il tue, affranchit, ou grève soit d'hypothèque soit d'usufruit l'esclave promis, il est responsable, parce que son fait détruit ou amoindrit la propriété promise au termes du contrat ; mais s'il le laisse mourir faute de soins, il n'est pas responsable de sa négligence ; de même, s'il le livre après l'avoir empoisonné, il est libéré, parce que son fait ne l'a pas mis dans l'impossibilité de transférer la propriété pleine et entière. Toutefois, dans tous ces cas, le créancier aurait le remède prétorien de l'action de dol ou même l'action contractuelle, s'il a eu soin d'ajouter à la stipulation la *clausula doli*.

Dans les obligations nées de l'acceptation d'une disposition testamentaire, l'héritier grevé d'un legs ou d'un fidéicommis répond de toute faute légère appréciée *in abstracto*, s'il doit lui rester un bénéfice de l'hérédité, et seulement de son dol et de sa faute lourde, dans le cas contraire, car, alors, le débiteur est personnellement désintéressé dans le quasi-contrat.

**De la faute à la fois contractuelle et délictuelle.** — La faute délictuelle ne suppose ni n'exclut nécessairement l'existence d'un rapport contractuel entre l'auteur et la victime du délit : il se peut donc que le débiteur commette une faute à la fois contractuelle et délictuelle par rapport à une chose qu'il détient en vertu du contrat : ainsi il y a *furtum usus*,

Digitized by Google

lorsque le dépositaire use sans droit de la chose dont il a la détention régulière, ou lorsque le commodataire dépasse l'usage qu'il a le droit de faire de la chose. Dans ces cas, le créancier peut intenter à son choix l'action du contrat ou l'action du délit ; mais il ne peut les cumuler, si ce n'est pour l'excédent du bénéfice que l'action délictuelle peut procurer.

Un fait peut, d'ailleurs, engager la responsabilité délictuelle du débiteur sans faire naître sa responsabilité contractuelle. Ainsi, un dépositaire, pour satisfaire la curiosité d'un tiers, montre l'objet déposé, qui tombe et se brise : il n'est pas tenu à raison du contrat, en l'absence d'une faute lourde ; mais il sera tenu du troisième chef de la loi *Aquilia*. La faute la plus légère suffit pour faire encourir la responsabilité édictée par cette loi : *in lege Aquiliâ levissima culpa venit*. Mais il n'y aurait ni faute contractuelle, ni faute pénale, si l'objet déposé s'était brisé dans un déménagement que le dépositaire était obligé d'opérer.

**Sanction en cas d'inexécution. Théorie des dommages-intérêts. — Idée générale.** — En matière contractuelle, les dommages-intérêts représentent l'estimation pécuniaire de l'intérêt qu'avait le créancier à ce que l'obligation fût exécutée ou à ce qu'elle fût exécutée à l'époque convenue. On donne le nom de dommages-intérêts *compensatoires* à ceux qui sont dus au créancier à raison de l'inexécution de l'obligation, et de dommages-intérêts *moratoires* à ceux qui sont dus à raison d'un simple retard dans l'exécution. L'inexécution totale ou partielle d'une obligation peut faire subir au créancier une perte ou l'empêcher de réaliser un gain : perte éprouvée ou gain manqué, c'est un préjudice dont le débiteur doit réparation, si l'inexécution lui est imputable, et l'indemnité replacera le créancier dans une situation équivalente à celle où il se fût trouvé si l'obligation eût été fidèlement exécutée. L'inexécution de l'obligation est imputable au débiteur, lorsqu'elle est le résultat de son dol ou de sa faute. L'imputabilité cesse et avec elle la responsabilité civile, lorsque l'inexécution est le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure. Mais on se souvient que le cas fortuit ne libère pas le débiteur, après sa mise en demeure.

Digitized by Google

Bien que l'objet dû primitivement se transforme en dette pécuniaire, quand les dommages-intérêts sont compensatoires, les Romains disent que l'obligation est perpétuée : c'est que la cause et l'objet même de l'obligation ne sont pas juridiquement changés : c'est l'objet primitif qui sera désigné dans l'action en justice et qui sera nommé dans une fidéjussion, une novation ou une acceptilation.

En principe, c'est le juge qui doit fixer les dommages-intérêts compensatoires ; la loi fixe le *quantum* des intérêts moratoires dans les dettes de somme d'argent, et les parties elles-mêmes peuvent fixer à l'avance, par une *stipulatio pœnæ*, l'indemnité due pour le cas d'inexécution.

**Evaluation des dommages-intérêts par le juge.** — Pour fixer les dommages-intérêts compensatoires, le juge tient compte de la perte subie, *damnum emergens*, et du gain manqué, *lucrum cessans*, par suite de l'inexécution ou du retard dans l'exécution d'une obligation de faire ou de donner un corps certain. L'exemple suivant fait très-bien ressortir ce double élément : un entrepreneur de fêtes publiques a traité avec un artiste pour un concert à jour fixe : l'artiste manque à sa parole, et le concert ne peut avoir lieu. Les dommages-intérêts dûs à l'entrepreneur comprendront d'abord l'indemnité des frais de toute nature qu'il a faits en pure perte, c'est le *damnum emergens*, puis l'indemnité du bénéfice qu'il aurait apparemment réalisé sur le prix des places, tous frais déduits, c'est le *lucrum cessans*.

Le juge se plaçait, pour l'évaluation des dommages-intérêts, au jour du jugement, lorsque l'action était de bonne foi, et au jour de la *litis contestatio*, lorsqu'elle était de droit strict. Dans les actions arbitraires, dans les actions de bonne foi et dans les actions de droit strict dont l'*intentio* ne porte pas sur une somme déterminée, il pouvait, en cas de dol du débiteur, permettre au créancier de fixer lui-même, sur serment, le chiffre de la condamnation, sauf à réduire l'estimation ainsi faite si elle était exorbitante. C'était le *juramentum in litem*.

**Evaluation des dommages-intérêts par la loi.** — La loi fixe les dommages-intérêts pour le cas de retard dans l'exécu-



Digitized by Google

tion d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent : ce sont les intérêts moratoires. Ici, il n'y a pas de transformation de l'objet dû, puisqu'il s'agit d'une somme d'argent. Les intérêts moratoires représentent donc l'évaluation du bénéfice que le capital aurait procuré au créancier depuis l'échéance de la dette et dont il a été privé à raison du retard dans l'exécution de l'obligation. Rappelons que les intérêts moratoires ne courent jamais qu'à l'occasion d'un contrat de bonne foi.

Il y a lieu de mentionner trois particularités :

1° Quel que soit le préjudice souffert par le créancier par suite du retard, il ne pourra lui être alloué que les intérêts fixés d'après l'usage des lieux, sans qu'ils puissent excéder le taux légal. Le taux de l'intérêt fut fixé par la loi des Douze Tables à l'*unciarium fœnus*, qui équivalait à dix pour cent par an ; depuis Cicéron, au douze pour cent, *centesimæ usuræ ;* et sous Justinien, au six pour cent pour les simples particuliers et au huit pour cent pour les commerçants. Le taux a paru devoir être plus élevé en matière commerciale qu'en matière civile, soit parce que l'argent employé à faire le commerce rapporte davantage, soit parce que le prêteur court de plus gros risques.

L'*anatocisme*, ou capitalisation des intérêts, était, dans l'ancien droit, permis pour les intérêts échus, mais prohibé pour les intérêts à échoir. Ainsi je vous prête mille à dix pour cent ; au bout d'un an, vous me devez cent d'intérêts ; je conviens avec vous que vous garderez ces cent et que vous m'en servirez l'intérêt ; vous me devrez donc désormais mille cent francs, qui produiront intérêts à dix pour cent par an. Mais je ne pourrai pas, en vous faisant un prêt pour un certain nombre d'années, stipuler par anticipation que chaque année vous pourrez retenir les intérêts échus, qui, joints au capital, deviendront avec lui productifs d'intérêts. Car une semblable proposition serait de nature à être acceptée avidement par le débiteur imprévoyant et recèlerait pour lui un danger de ruine.

Il est incontestable que les intérêts des intérêts échus et ca-

Digitized by Google

pitalisés en vertu d'une convention doivent être compris dans les intérêts moratoires.

L'anatocisme fut interdit d'une manière absolue par un sénatus-consulte du temps de Cicéron. Dioclétien nota d'infamie les contrevenants. Cette prohibition avait pour but de mettre un frein à l'avidité des usuriers.

2° Le créancier a droit aux intérêts moratoires sans être tenu, comme dans les cas de dettes autres que des dettes de somme d'argent, de justifier d'un préjudice causé par le retard.

3° Lès intérêts moratoires courent à partir de la mise en demeure. Le Code civil ne les fait courir qu'à partir de la demande en justice, qui constitue l'interpellation ou la mise en demeure la plus énergique de toutes.

**Evaluation des dommages-intérêts par les parties : Stipulatio pœnæ.** — Les parties peuvent fixer à l'avance, au moment du contrat, le montant des dommages-intérêts qui pourront être dus à raison de l'inexécution de la convention : cette évaluation a l'avantage d'écarter les contestations en fixant pécuniairement le montant de l'intérêt que le créancier a à l'accomplissement de l'obligation et de prémunir les parties contre l'arbitraire, inévitable en cette matière, des appréciations judiciaires. Elle a, en outre, l'avantage de fortifier le lien obligatoire : car la menace d'une peine agira sur le débiteur. La *pœna* représente donc les dommages-intérêts compensatoires conventionnels.

La *stipulatio pœnæ* peut s'adjoindre à toute obligation qui a pour objet soit un fait ou une abstention, soit la *datio* d'une chose autre qu'une somme d'argent déterminée. Elle se produit sous la forme d'une stipulation conditionnelle : *Stichum dari spondes ? si Stichum non dederis, centum dari spondes ?* Il y a deux dettes, l'une pure et simple et principale, qui a pour objet l'esclave, l'autre conditionnelle et accessoire qui a pour objet cent ; la seconde ne naîtra qu'à la condition que la première sera inexécutée.

Il ne faut pas confondre cette forme avec la suivante : *Si Stichum non dederis, centum dare spondes ?* Ici la somme pro-

Digitized by Google

mise constitue bien également une *pœna* ou moyen de contrainte, mais l'esclave n'est pas dû ; la seule chose due, c'est la somme, et encore si on ne donne pas l'esclave. Il n'y a là qu'une obligation conditionnelle. Si donc la peine est hors du commerce, tout est nul. Au contraire, dans le cas de *stipulatio pœnæ* proprement dite, la nullité de la peine n'entraîne pas la nullité de l'obligation principale, qui est pure et simple.

La *stipulatio pœnæ* est qualifiée d'accessoire. Cette dénomination a une double signification : 1° la naissance de la dette pénale est subordonnée à l'inexécution d'une obligation préexistante ; 2° la nullité de la première obligation à raison du caractère impossible ou illicite de l'objet entraîne la nullité de la stipulation pénale ; car la condition impossible ou illicite annule toute l'opération : exemple : promettez-vous de vous marier avec moi ? si vous ne vous mariez pas avec moi, promettez-vous mille ? Tout est nul dans l'espèce.

Mais, si la nullité de l'obligation principale est fondée seulement sur le défaut d'intérêt du créancier ou sur ce que le débiteur a promis un fait qui ne lui est pas personnel, alors la stipulation pénale donne la vie à l'obligation principale, en faisant naitre, dans le premier cas, un intérêt pour le créancier, et, dans le second, une obligation personnelle en cas d'inexécution du tiers. Cette utilité de la stipulation pénale se rattache à la théorie des stipulations et promesses pour autrui.

Quand la *pœna* est-elle encourue ? Si la première obligation est à terme, la *pœna* se trouve encourue par la seule échéance du terme ; s'il n'y a pas de terme, elle est exigible du jour où la première dette a pu être exécutée. Que l'inexécution provienne de la faute du débiteur ou d'un cas fortuit, peu importe, la *pœna* est due : car, le sort de la *stipulatio pœnæ* est, à part le cas où l'obligation principale porte sur un objet impossible ou illicite, juridiquement indépendant du sort de la dette principale.

La *pœna* est due toute entière, même dans le cas d'une exécution partielle. Cela ne veut pas dire que la stipulation pénale rend indivisible l'obligation à laquelle elle se rattache : car chaque créancier ou chacun des héritiers du créancier ne

Digitized by Google

peut réclamer que sa part de la dette principale ou de la *pœna*, et chaque débiteur ou chacun des héritiers du débiteur ne doit payer que sa part de la dette principale ou de la *pœna*. Cela signifie que l'inexécution envers un des cocréanciers ou par un des coobligés fait encourir la peine pour le tout, suivant la règle que la condition est indivisible au point de vue de son accomplissement.

Quels sont les droits du créancier, une fois la peine encourue ? Lorsque la peine a été stipulée à raison de l'inexécution, le créancier ne peut demander le principal et la peine tout à la fois ; le cumul ferait double emploi, puisque la peine a été stipulée comme équivalent de l'exécution. Mais si la peine a été stipulée, soit comme indemnité du retard ou à titre d'intérêts moratoires, soit comme compensation des ennuis de la poursuite, elle doit être allouée avec le principal. En cas de difficulté, la comparaison du montant respectif des deux dettes permettra au juge de résoudre cette question de fait.

Le créancier peut-il choisir entre le principal et la peine? Si la *stipulatio pœnæ* a pour but d'assurer l'exécution d'un contrat de droit strict, la peine seule est due ; si elle garantit un contrat de bonne foi, le créancier peut choisir entre le principal et la peine.

### II. — *Des personnes à l'égard desquelles l'obligation produit ses effets.*

**Notions générales.** — Un célèbre principe juridique domine la matière : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne peuvent nuire ni profiter aux tiers.

Que faut-il entendre par *tiers ?* Il faut entendre par *tiers* toute personne qui n'a pas participé à la convention et qui n'est pas l'ayant-cause de l'une des parties. Les *ayants cause* du contractant, c'est-à-dire ceux dont la cause se lie à la sienne, en ce sens qu'ils tiennent de lui leur droit, sont à titre universel ou à titre particulier. Les ayants cause à titre universel, c'est-à-dire ceux dont le droit porte sur le patrimoine considéré comme universalité, ne sont pas des tiers par rapport aux conventions

Digitized by Google

dans lesquelles a figuré leur auteur : tels sont les héritiers, qui continuent la personne juridique, et les créanciers chirographaires, qui ont pour gage commun le patrimoine de leur débiteur. Les ayants cause à titre particulier, c'est-à-dire ceux dont le droit ne porte que sur des biens particuliers, tels qu'acheteurs, donataires, locataires, sont fondés à invoquer ou tenus de subir les effets des conventions faites par leur auteur antérieurement à l'époque où ils ont traité avec lui, lorsque ces conventions sont relatives à la chose qui leur a été transmise et qu'elles ont augmenté ou diminué le droit de l'auteur sur cette chose. Ainsi l'acheteur d'un immeuble peut invoquer la convention par laquelle son vendeur a stipulé une servitude au profit de cet immeuble, de même qu'on peut invoquer contre lui la convention par laquelle ce même vendeur l'a grevé d'une servitude antérieurement à la vente. L'ayant cause à titre particulier a donc sur la chose les mêmes droits qu'avait son auteur, ni plus étendus, ni moindres. Mais les conventions qui n'ont ni augmenté ou consolidé, ni diminué le droit transmis par l'auteur ne peuvent ni bénéficier ni être opposées à l'ayant-cause à titre particulier, fussent-elles relatives à la chose transmise : ainsi, je conviens avec un entrepreneur qu'il me restaurera ma maison, puis je vous la vends : en l'absence d'une clause spéciale par laquelle je vous en aurai transmis le bénéfice, vous ne pourrez pas vous prévaloir de cette convention, et l'entrepreneur ne pourra pas s'en prévaloir contre vous, car elle n'a fait naître à mon profit qu'un droit purement personnel. Par rapport à toutes ces conventions qui n'ont ni augmenté ou consolidé ni diminué le droit transmis, les ayants cause à titre particulier sont des tiers.

Sont encore des tiers, et, ici, par suite du principe romain de la non-représentation, le mandant ou le *dominus* par rapport à la convention conclue pour leur compte par le mandataire ou le gérant d'affaires.

**Effets des obligations par rapport aux héritiers.** — Les héritiers succédant à tous les droits actifs et passifs de leur auteur, peuvent invoquer et sont tenus de subir, dans la mesure où ils viennent à l'hérédité, les effets des conventions dans les-

Digitized by Google

quelles a figuré le défunt. En principe, la loi présume que les parties ont contracté en vue de leurs héritiers aussi bien qu'en vue d'elles-mêmes ; mais elles peuvent, depuis Justinien, par une volonté expresse, placer l'échéance de l'obligation après leur mort et en mettre ainsi le profit ou la charge sur leurs héritiers. En outre, il est certaines obligations qui sont de leur nature intransmissibles activement ou passivement : telles sont la stipulation de rente viagère, d'usufruit, d'usage ou d'habitation, et le contrat de louage d'ouvrage, à raison, dans ce dernier cas, de ce qu'on a pris en considération les aptitudes personnelles.

Mais, est-il permis de stipuler ou promettre pour un seul ou quelques-uns de ses héritiers et faire ainsi passer la créance ou la dette sur la tête d'un ou plusieurs de ses héritiers, à l'exclusion des autres ? Par exemple, puis-je, en vous vendant un immeuble moyennant une somme de mille, convenir avec vous que vous paierez ce prix tout entier à l'aîné de mes enfants ; ou bien, puis-je, en vous achetant un immeuble, convenir avec vous que le prix vous en sera payé en entier par un seul de mes enfants ? Cette dernière convention aurait une utilité pratique pour les créanciers, en les dispensant de fractionner leur action en autant de parts qu'il y a de successibles.

En principe, il faut répondre que de pareilles conventions sont prohibées, parce qu'elles choquent la règle que les créances et les dettes se partagent de plein droit entre les héritiers dans la mesure de leurs parts héréditaires. Toutefois, on fit pendant longtemps une exception pour la créance portant sur un fait, et dont le stipulant pouvait réserver le bénéfice à un seul de ses héritiers. Du reste, en dehors de ce cas, on trouve dans les testaments le moyen que refusent les contrats : car tel des héritiers profitera seul de la créance, si le testateur lui lègue la part des autres dans la créance, ou supportera seul la dette, si le testateur lègue à ses cohéritiers leur libération. En droit français, les stipulations ou promesses pour un seul des héritiers sont également prohibées, suivant la règle qui interdit les pactes sur succession future d'une manière absolue, c'est-à-dire alors même que la personne de la succession dont s'agit serait l'une des parties contractantes.

Digitized by Google

**Effets des obligations par rapport aux créanciers chirographaires.** — *Notions générales.* — Les créanciers chirographaires n'avaient, à l'origine, qu'une garantie sur la personne de leurs débiteurs. La règle que les biens du débiteur forment le gage commun de ses créanciers ne fut admise que plus tard. Dès lors, les créanciers n'étaient plus des tiers par rapport aux conventions de nature à augmenter ou diminuer le patrimoine de leurs débiteurs. Ils devenaient des ayants cause à titre universel des parties contractantes, étaient, par suite, représentés par elles dans les conventions relatives au patrimoine, et devaient profiter des effets de ces conventions ou les subir.

Parmi les biens du débiteur, gage commun des créanciers, figurent les droits et actions ; mais cette portion incorporelle des biens ne peut profiter aux créanciers qu'autant que les droits et actions auront été exercés ; car cet exercice seul peut faire entrer dans le patrimoine du débiteur les biens que les droits et actions ont pour but de faire obtenir. Or, il se peut que le débiteur, découragé par la crainte de voir absorber par ses créanciers le profit de ses droits et actions, néglige ou refuse de les exercer. Dans ce cas, le créancier, dont la créance est exigible, peut triompher de l'inertie du débiteur en obtenant un jugement de condamnation en vertu duquel le juge pourra autoriser à son profit, en cas d'inexécution, la saisie d'abord des biens corporels, et, à défaut, des créances ; le créancier, après un certain délai, pourra faire vendre le gage saisi et se payer sur le prix par préférence à tous autres créanciers, à l'exception de ceux qui auraient sur les objets saisis une hypothèque antérieure. Le *pignus judiciale* appartient à la théorie de l'hypothèque.

Subissent le droit de gage des créanciers tous les droits et toutes les actions, dont le non-exercice est de nature à appauvrir le débiteur ou à le priver d'un gain ; échappent seuls au droit de gage général les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur, tels que le droit d'usage, le droit d'habitation, le droit à une pension alimentaire.

En droit français, les créanciers, dont les créances sont exigibles, sont fondés, en cas de négligence ou de mauvais vouloir

Digitized by Google

du débiteur, à exercer, en son nom et en son lieu et place, tous ses droits et actions, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne : les biens que cet exercice aura fait entrer dans le patrimoine du débiteur pourront ensuite être saisis et vendus, pour le prix en être distribué entre tous les créanciers suivant les règles du droit commun.

Un débiteur, au lieu d'être simplement négligent ou de s'engager de bonne foi dans des opérations désavantageuses, peut faire des actes frauduleux qui tendent à diminuer le gage de ses créanciers. Or, en traitant avec le débiteur sans exiger des sûretés spéciales, les créanciers ont suivi sa foi et ont consenti implicitement à subir les conséquences de ses spéculations simplement malheureuses. On peut donc dire qu'ils ont été véritablement représentés dans tous les actes honnêtes de leur débiteur. Mais il doit en être autrement, quand le débiteur a été de mauvaise foi et s'est efforcé de trahir ceux qu'il devait représenter : car les créanciers, n'étant pas représentés dans l'acte frauduleux, deviennent des tiers par rapport à cet acte, et doivent être autorisés à en demander la révocation, en vertu du principe que les conventions ne peuvent nuire aux tiers.

Le droit civil n'annulait pas les actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers. Mais, à l'origine, les actes frauduleux étaient rares, à raison des peines exorbitantes attachées à l'insolvabilité. La fraude apparut quand ces sanctions rigoureuses furent abolies. Dès lors, le préteur intervint dans le but équitable de protéger les créanciers contre la fraude de leur débiteur ; ainsi on voit apparaître successivement trois moyens de protection prétoriens : l'action paulienne, l'interdit fraudatoire, et l'action fictice rescisoire.

**Action Paulienne. — Nature.** — Cette action, qui permet aux créanciers de faire révoquer tout acte quelconque consenti par un débiteur en fraude de leurs droits, fut organisée par le préteur *Paulus*. Personnelle de sa nature, elle vise la réparation du préjudice et met le tiers qui a bénéficié de l'acte frauduleux dans la nécessité, soit de retransférer au débiteur la propriété d'une chose aliénée, si l'acte constitue une aliénation, soit de rétablir l'obligation éteinte, si le débiteur



Digitized by Google

en a consenti une extinction frauduleuse, soit de faire acceptilation d'une obligation contractée par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers. En un mot, elle oblige le tiers qui a profité de l'acte frauduleux à remettre dans le patrimoine du débiteur le montant de la réparation du préjudice subi par les créanciers : ceux-ci reconquièrent ainsi la portion du gage dont le débiteur avait voulu les spolier.

**Conditions d'exercice.** — Trois conditions sont requises pour l'exercice de l'action paulienne : 1° Que l'acte accompli ait causé un préjudice aux créanciers ; 2° Que le débiteur ait agi frauduleusement ; 3° Que la poursuite soit intentée dans l'année qui suit la vente forcée des biens du débiteur.

1° Il faut que l'acte du débiteur ait causé aux créanciers un préjudice, *eventus damni*. Le préjudice se constate par la *bonorum venditio*, qui suit l'envoi en possession des biens du débiteur : si leur prix est insuffisant pour payer tous les créanciers, les actes qui ont appauvri le gage commun leur causent un préjudice. L'action paulienne est donc une action subsidiaire : un créancier ne peut y avoir recours que lorsqu'il lui est impossible d'obtenir son paiement par un autre moyen. Ainsi le débiteur a été gratifié, à son insu, d'un legs opulent, au moment où il accomplissait un acte en fraude des droits de ses créanciers : il accepte le legs, et le voilà riche. Ses créanciers ne pourront attaquer par l'action paulienne l'acte fait en fraude de leurs droits, car cet acte ne leur cause aucun préjudice, du moment que l'actif sera désormais assez vaste pour acquitter toutes les dettes. En outre, le préjudice doit consister dans un acte juridique qui a diminué le patrimoine du débiteur en provoquant ou en augmentant son insolvabilité: en premier lieu, une simple dégradation matérielle ne peut donner ouverture à l'action paulienne ; en second lieu, s'il y a, non plus appauvrissement direct du patrimoine, mais appauvrissement indirect par suite d'une simple négligence à s'enrichir ou de l'omission d'une acquisition profitable, par exemple, la répudiation d'une succession avantageuse, le refus d'un legs ou d'une donation, il n'y a pas lieu à l'action paulienne. En est-il encore ainsi, en principe, dans notre droit

Digitized by Google

français ? Nous le croyons. On trouve, il est vrai, dans le Code civil, un certain nombre de dispositions qui semblent impliquer l'abandon du principe romain, notamment celle qui autorise les créanciers à attaquer la renonciation faite par leur débiteur, en fraude de leurs droits, à une succession qui lui est échue ; mais cette divergence de règles s'explique par le caractère absolument différent de la renonciation dans les deux législations : à Rome, l'héritier qui répudie une hérédité néglige seulement de s'enrichir, car c'est l'adition d'hérédité qui fait entrer dans son patrimoine les biens dont elle se compose; dans le Code civil, au contraire, l'héritier qui répudie diminue directement son patrimoine, car le principe de la saisine le rend immédiatement propriétaire des biens, indépendamment de toute acceptation. Il faut en dire autant de la renonciation à un legs : en droit français, le légataire qui renonce diminue son patrimoine, puisqu'il devient de plein droit propriétaire de la chose léguée, indépendamment de toute acceptation. Mais on devrait admettre une solution différente pour le cas où le débiteur refuserait d'accepter une donation avantageuse : dans l'espèce, suivant le principe traditionnel romain, l'action paulienne ne saurait être admise ; car le débiteur ne diminue pas son patrimoine, puisqu'il ne peut devenir propriétaire du bien donné que par l'acceptation.

Nous avons déjà vu que les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur ne font point partie du gage général des créanciers : il en résulte que l'action paulienne ne serait pas recevable contre les actes par lesquels le débiteur se serait dépouillé d'un droit exclusivement attaché à sa personne. Ainsi un créancier ne pourrait pas attaquer la renonciation frauduleuse que son débiteur aurait faite au droit de demander la révocation d'une donation contre un donataire coupable d'ingratitude.

2° Il faut que le débiteur ait agi frauduleusement, c'est-à-dire qu'il ait eu conscience du préjudice qu'il allait causer. Autrement dit, le *consilium fraudis* ne réside pas nécessairement dans l'intention de nuire aux créanciers ou dans le fait d'avoir employé des manœuvres dolosives ; il existe par cela

Digitized by Google

seul que le débiteur a accompli un acte qu'il savait devoir être préjudiciable à ses créanciers. Si donc le débiteur diminue de bonne foi un patrimoine déjà insuffisant ou qui du coup le devient, l'action paulienne n'est pas recevable : car le débiteur, conservant la libre disposition de ses biens, a le droit de faire tous actes de disposition, pourvu qu'il agisse de bonne foi et non au mépris de ses engagements antérieurs.

Mais, suffit-il, pour donner ouverture à l'action paulienne, de la fraude seule du débiteur, ou bien faut-il, en outre, que le tiers acquéreur ou la personne qui bénéficie de l'acte soit complice de la fraude, *conscius fraudis* ?

La question se résout par une distinction :

L'acte accompli par le débiteur est-il *à titre onéreux :* le tiers acquéreur ou la personne qui a traité avec le débiteur doit être complice de la fraude. Ainsi un débiteur a vendu un immeuble en fraude des droits de ses créanciers : si l'acheteur en a payé le prix comptant, sachant que le débiteur se proposait pour but de soustraire ce prix à ses créanciers, la vente tombera sous le coup de l'action paulienne ; mais si l'acheteur a été de bonne foi, la vente est inattaquable.

L'acte consenti par le débiteur est-il à *titre gratuit :* le tiers qui en a bénéficié gratuitement de bonne ou de mauvaise foi sera passible de l'action paulienne ; néanmoins, s'il a été de bonne foi, cette action se restreindra à la mesure de l'enrichissement qu'il aura retiré de l'acte.

Cette différence fondamentale se justifie aisément. L'ayant-cause à titre onéreux est dans une situation équivalente à celle du créancier réclamant : l'un et l'autre *certant de damno vitando ;* car s'il succombe, il éprouvera une perte, puisqu'il a fourni l'équivalent du bien dont on veut le dépouiller ; or, d'après la règle *in pari causâ melior est causa possidentis*, on doit donner la préférence à l'acquéreur, pourvu qu'il ait été de bonne foi ; car, s'il a été de mauvaise foi, il ne mérite plus la protection de la loi, et le créancier même négligent ou trop confiant doit lui être préféré. Autre est le cas où les créanciers ont pour adversaire un donataire ou plus généralement un tiers qui n'a pas fourni l'équivalent du profit qu'on veut

Digitized by Google

lui faire restituer ; ce tiers *certat de lucro captando* : s'il succombe, il n'éprouvera aucune perte, il sera seulement privé d'un gain : la loi ne peut ici faire autrement que de donner la préférence aux créanciers qui cherchent à se préserver d'une perte ; en outre, que le tiers ait été de bonne ou de mauvaise foi, il ne peut lui être permis de s'enrichir au détriment d'autrui.

Pour appliquer ces principes, on s'est demandé si la constitution de dot était un acte à titre onéreux ou à titre gratuit.

Il est incontestable que c'est un acte à titre onéreux, quand elle est constituée par la femme elle-même : car, en retour de la jouissance de la dot, le mari s'oblige à supporter les charges du mariage. Il en résulte que si la constitution a été faite par la femme en fraude des droits de ses créanciers, le mari ne sera passible de l'action paulienne qu'autant qu'il aura été complice de la fraude.

Quand la constitution de dot émane d'un tiers, il se forme une double convention : la première, expresse, qui intervient entre le constituant donateur et la femme donataire ; la seconde, tacite, qui intervient entre la femme et le mari. La convention expresse, qui a lieu entre le constituant et la femme, est assurément à titre gratuit par rapport au constituant, qui n'est pas obligé de doter et qui ne reçoit rien en échange de ce qu'il donne, et par rapport à la femme, qui reçoit à titre purement gracieux. Il en résulte que si le constituant a agi en fraude des droits de ses créanciers, la complicité de la femme est inutile pour obtenir à son égard la révocation de la dot. Peut-être faut-il faire une exception pour le cas où la dot est constituée par le *paterfamiliâs* : à raison de l'obligation de doter spécialement imposée à ce dernier, la constitution peut être assimilée à un acte à titre onéreux et, par suite, la complicité de la femme, qui est considérée alors comme créancière de la dot, serait exigée pour assurer le succès de l'action paulienne. La convention tacite qui intervient entre la femme et le mari est à titre onéreux à l'égard du mari et de la femme : la femme rapporte la dot pour l'aider à supporter les charges du mariage. Si donc le constituant a agi en fraude des droits de ses

Digitized by Google

créanciers, la dot ne pourra être révoquée à l'égard du mari qu'autant qu'il aura été complice de la fraude.

Il nous reste à examiner deux cas intéressants :

Le premier est celui d'un débiteur déjà insolvable qui contracte de nouvelles dettes. Les créanciers antérieurs aux nouvelles obligations sont-ils fondés à les faire révoquer par l'action paulienne ?

En principe, non, car le débiteur insolvable n'en conserve pas moins l'administration de son patrimoine, et, par suite, demeure toujours capable de s'obliger. Mais la solution serait différente, s'il résultait des circonstances que la nouvelle obligation a été contractée au préjudice des créanciers par suite d'un concert frauduleux entre le débiteur et le nouveau créancier, comme, par exemple, si celui-ci avait fourni des fonds au débiteur, sachant qu'il se proposait de les dissimuler ou de les mettre en dehors de son patrimoine, et en stipulant pour lui-même des sûretés spéciales qui doivent diminuer le gage commun.

Le second cas est celui du paiement fait par le débiteur à l'un de ses créanciers. Si le paiement d'une dette échue est antérieur à l'envoi en possession, il échappe à l'action paulienne : le créancier payé a été le plus vigilant et n'a reçu, d'ailleurs, que ce qui lui était dû. Quand le paiement d'une dette échue est postérieur à l'envoi en possession, il est passible de révocation, s'il y a eu concert frauduleux entre le créancier et le débiteur pour diminuer le gage des autres créanciers.

Le créancier, dont la créance est exigible, a, en principe, le droit de pourvoir, en cas de non-paiement, à la garantie de sa créance, en faisant constituer à son profit un gage ou une hypothèque, ou en se faisant consentir une convention qui lui donne satisfaction. Mais, dans la pratique, la circonstance qu'il y a un acte nouveau sera le plus souvent suffisante pour révéler le concert frauduleux entre le débiteur et le créancier : c'est ainsi, par exemple, que si la dette exigible a été acquittée, non point en espèces, mais par une dation en paiement de certains biens mobiliers ou immobiliers, les créan-

Digitized by Google

ciers pourront attaquer le paiement par l'action paulienne.

Le paiement d'une dette non encore échue, qu'il soit antérieur ou postérieur à l'envoi en possession, tombe sous le coup de l'action paulienne : car ici le concert frauduleux est présumé. Le créancier payé sera tenu, dans l'espèce, de rapporter à la masse le montant du bénéfice que ce paiement anticipé lui a procuré : il devra, par exemple, restituer les intérêts perçus depuis le paiement, si sa créance n'en produisait pas.

3° Il faut que la poursuite soit intentée dans l'année utile qui suit la vente forcée des biens du débiteur. L'année expirée, le tiers qui a profité de l'acte frauduleux n'est plus tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement.

**Des créanciers qui peuvent intenter l'action paulienne.** — Le droit d'exercer cette action appartient à tous les créanciers qui ont procédé à la *bonorum venditio*. Mais, pour éviter les frais et les difficultés qui proviendraient d'actions multiples et isolées, l'édit prétorien veut que l'action soit délivrée à un curateur ou syndic chargé d'agir au nom de la masse des créanciers, ou à l'un de ces derniers, à défaut de curateur.

Les créanciers gagistes ou hypothécaires ne peuvent exercer l'action paulienne qu'autant que les biens grevés du gage ou de l'hypothèque sont insuffisants pour assurer le paiement de leurs créances ; car l'action paulienne n'est que subsidiaire.

Mais, pour qu'un créancier, quel qu'il soit, puisse exercer l'action paulienne,il faut que sa créance soit antérieure à l'acte attaqué, ou qu'il ait été subrogé dans les droits d'un créancier antérieur. Car, si elle est postérieure, l'acte dont il s'agit ne lui cause aucun préjudice, puisque le bien dont s'est dessaisi le débiteur était sorti de son patrimoine au moment où le créancier a traité avec lui.

**Des personnes qui sont passibles de l'action paulienne.** — Cette action s'intente contre deux catégories de personnes et produit des effets distincts à l'égard de chacune d'elles :

1° Elle s'exerce *in solidum*, c'est-à-dire pour tout le préjudice causé, contre ceux qui ont agi frauduleusement. En premier lieu, le débiteur *fraudator* est passible de l'action paulienne : le créancier n'en retirera aucun avantage pécuniaire,

Digitized by Google

mais le débiteur sera puni, parce qu'on lui appliquera la contrainte par corps. En second lieu, l'action est possible contre l'acquéreur de mauvaise foi. Mais peut-elle atteindre un sous-acquéreur ? Il faut distinguer : si le premier acquéreur était de bonne foi et, par suite, n'était pas passible de l'action paulienne, il est certain que les sous-acquéreurs ou ses héritiers ne pourraient être inquiétés ; si le premier acquéreur était passible de l'action paulienne, il y aura lieu d'examiner si les sous-acquéreurs ont reçu le bien à titre onéreux ou à titre gratuit : est-ce à titre onéreux ? l'action paulienne sera possible contre eux, s'ils ont participé à la fraude ; est-ce à titre gratuit ? ils seront toujours passibles de l'action.

2° Elle s'intente seulement dans la limite de l'enrichissement que le défendeur a retiré de l'acte contre le donataire de bonne foi ou contre l'incapable qui profite d'un acte frauduleux fait par un tuteur ou curateur.

**Effets de l'action paulienne.** — L'action paulienne est conçue *in factum* et est *arbitraire* : le juge ordonne de retransférer la propriété de la chose aliénée, de rétablir l'obligation éteinte, d'éteindre par une acceptilation la dette contractée. En ce qui concerne les fruits et produits de la chose, le défendeur doit restituer tous ceux perçus depuis la *litis contestatio*, et même, d'après Ulpien, tous ceux perçus depuis l'aliénation. Faute par le défendeur d'obtempérer à l'ordre du juge, il sera condamné à payer une somme égale à la valeur de la chose et de ses accessoires.

**Interdit fraudatoire.** — L'action paulienne restait insuffisante contre les tiers insolvables : aussi, dans le cas spécial où l'acte frauduleux du débiteur était une aliénation, le préteur crut-il préférable d'accorder au créancier l'interdit fraudatoire, qui lui permettait d'obtenir la possession de l'objet aliéné en fraude et de se dérober à la loi du concours avec les autres créanciers du tiers acquéreur. Cet interdit était possible contre tout détenteur, sans distinguer s'il était de bonne ou de mauvaise foi. Mais de cette voie possessoire pour arriver à l'action fictice rescisoire, qui est un moyen pétitoire, il n'y avait qu'un pas, et ce pas fut franchi avant Justinien.

Digitized by Google

**Action fictice rescisoire.** — Cette action *in rem fictitia*, que certains interprètes appellent action *paulienne réelle*, anéantissait l'aliénation frauduleusement consentie par le débiteur et permettait de revendiquer la chose entre les mains de tout détenteur, sans distinguer si le détenteur était de bonne ou de mauvaise foi : comme on le voit, elle n'était applicable qu'aux aliénations. Le préteur la donne à la suite d'une *restitutio in integrum*, par laquelle l'acte accompli est rescindé et la chose considérée comme n'ayant pas été aliénée. Cette fiction, d'après laquelle le débiteur est censé avoir toujours eu la propriété de la chose, a pour effet de permettre aux créanciers de la revendiquer au lieu et place du débiteur. Les conditions générales requises pour l'exercice de cette action sont les mêmes que celles exigées pour l'action paulienne. Les créanciers étaient tenus d'établir, pour faire triompher leur action, que la chose aliénée était la propriété du débiteur. En exerçant l'interdit fraudatoire, ils étaient tenus seulement de prouver que la chose avait été possédée par le débiteur.

**Effets des obligations à l'égard des tiers.** — *Théorie de la représentation : 1° Représentation par les alieni juris ; 2° Non-représentation per extraneam personam.* — **Exposé général du système romain.** — La représentation a une double utilité : elle facilite les transactions en multipliant les organes juridiques de chaque individu et supplée au défaut de capacité d'agir.

A l'origine du droit romain, nous trouvons ce principe rigoureux, que nul ne peut intervenir pour autrui dans les actes juridiques : le lien de droit ne peut se former qu'entre les parties contractantes ; si le mandataire stipule ou promet, c'est lui qui devient créancier ou débiteur. Dans les législations qui admettent la représentation, l'acte juridique est réputé accompli par le mandant. La théorie de la non-représentation ne doit pas être confondue avec celle des stipulations et promesses pour autrui : le droit français, qui rejette le système de la non-représentation en permettant de contracter pour autrui au nom d'autrui, maintient, au contraire, la règle de bon sens qu'on ne peut contracter pour autrui en son propre nom.

Digitized by Google

On peut se demander pourquoi les Romains n'ont pas admis la représentation. On peut en donner plusieurs raisons : d'abord, à l'origine, les Romains n'avaient guère d'autres occupations que les armes et l'agriculture, les transactions étaient rares, et la nécessité de se faire représenter ne se faisait nullement sentir ; ensuite, pour des peuples à l'esprit encore peu cultivé, l'idée que l'effet du contrat peut s'accomplir sur la tête de personnes autres que celles qui y ont figuré pouvait paraitre quelque peu hardie ; en outre, nous en trouvons une autre raison dans l'organisation de la famille romaine : le chef de famille, qui est à la tête du patrimoine, trouve, pour les faciles négociations de la vie courante, dans les personnes placées sous sa puissance, fils de famille, esclaves, des représentants naturels : nous savons que les fils de famille sont considérés comme copropriétaires de leur père et que les esclaves sont pour leurs maîtres des instruments d'acquisition ; enfin, la nécessité imposée aux parties d'accomplir elles-mêmes les formalités extérieures exigées dans les contrats solennels, était de nature à maintenir le principe de la non-représentation. Telles sont, en résumé, les diverses causes qui ont contrebalancé l'essor du système de la représentation et fait obstacle à ce qu'il atteignît un développement complet.

**Représentation par les alieni juris.**—Le principe dominant, c'est que le chef de famille est valablement représenté par les personnes placées sous sa puissance, fils de famille, esclaves, personnes *in manu* ou *in mancipio*, dans les actes d'acquisition, mais non dans les actes d'obligation : *melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest.*

*Représentation dans les actes d'acquisition.* — Le chef de famille acquiert les droits de créance à son insu et malgré lui. Les *alieni juris* n'ont d'autre personnalité que celle du *paterfamiliâs :* c'est le père ou le maître qui est censé avoir contracté ; il en découle, notamment, que : 1° avant Justinien, le fils de famille et l'esclave ne peuvent stipuler *post mortem domini*, car c'est le chef de famille qui est réputé avoir stipulé, et les stipulations *post mortem meam* ou *tuam* sont nulles ; mais ils ont toujours pu stipuler *post mortem suam* ou *post mortem*

Digitized by Google

*alterius*, c'est-à-dire rendre la créance exigible après leur décès ou le décès d'un tiers; 2o la créance conditionnelle est acquise, après l'accomplissement de la condition, au père ou au maître sous la puissance duquel le fils ou l'esclave se trouvait au jour du contrat.

Mais ce principe d'après lequel le chef de famille est censé avoir contracté ne fait pas obstacle à ce que l'on tienne compte de la capacité personnelle plutôt de fait que de droit des représentants naturels, pour apprécier les causes qui ont pu détruire ou vicier le consentement.

Les termes employés par l'*alieni juris* sont indifférents : qu'il ait contracté pour le chef de famille, pour lui-même, pour une personne soumise à la même puissance, ou même sans dire pour qui, peu importe ; la créance naît au profit du chef de famille, pourvu que l'*alieni juris* n'ait pas fait intervenir le nom d'un tiers.

Nous devons consacrer quelques mots à l'esclave d'une hérédité jacente et à l'esclave commun à plusieurs maîtres.

L'esclave héréditaire acquiert valablement des créances pour le compte de l'hérédité, en vertu de la fiction exprimée par la maxime : *hereditas personam defuncti sustinet*. Toutefois, cette fiction a ses limites. Ainsi il ne peut stipuler un droit d'usufruit ou d'usage, parce que ce droit exige l'existence d'une personne physique pouvant l'exercer : ce droit ne peut donc naître, parce qu'il n'y a personne pour en jouir. L'addition d'une condition à la stipulation d'usufruit ne validerait pas l'opération, car la capacité de contracter est requise au jour même du contrat. Nous verrons, au contraire, que le legs d'usufruit fait à l'esclave héréditaire est valable : la raison en est que le *dies cedit* ou moment de la fixation du droit est reculé jusqu'au jour où l'hérédité aura été acceptée ; il y aura, dès lors, une personne capable d'exercer la servitude. Le *servus hereditarius* peut contracter en son nom, au nom de l'hérédité jacente, ou sans désignation de personne ; mais il ne peut contracter nominativement pour le défunt, ni même, d'après l'opinion générale, pour l'héritier futur. Mais les Sabiniens admettaient que les contrats conclus nominativement pour l'héri-

Digitized by Google

tier futur devaient être validés par suite de l'effet rétroactif de l'adition.

En thèse générale, le *servus communis* acquiert les créances à ses divers maîtres en proportion de leur droit de propriété. Mais il y a des cas où la créance entière est acquise à un seul des copropriétaires, notamment, lorsque l'esclave a stipulé sur l'ordre d'un seul des maîtres ou nominativement pour un seul maître, ou encore lorsqu'il a stipulé une servitude prédiale, alors qu'un des maîtres a seul un fonds pouvant devenir fonds dominant.

*Non-représentation pour les actes d'obligation. — Tempéraments prétoriens.* — Le chef de famille ne peut subir, à l'origine, les conséquences des obligations contractées par les personnes placées sous sa puissance, alors même qu'il leur aurait donné l'ordre de s'obliger. Ce principe du droit civil était gênant pour les transactions et devenait une source de dangers pour les tiers : d'abord, le chef de famille perdait tout crédit et ne trouvait pas dans la représentation des personnes *in potestate* tous les avantages qu'il pouvait en espérer ; ensuite, les tiers ne pouvaient poursuivre le fils qu'après son émancipation et se trouvaient désarmés contre l'esclave, qui n'était soumis, même après son affranchissement, qu'à une obligation naturelle. Ainsi, d'une part, irresponsabilité contractuelle du père et, par suite, perte de tout crédit, d'autre part, impossibilité pour les tiers, dans la plupart des cas, de faire exécuter l'obligation par les fils de famille ou les esclaves : telles furent les causes qui devaient éliminer des relations d'affaires les fils de famille et les esclaves, c'est-à-dire une grande partie de la population.

Le préteur s'émut de cet état de choses et en vint à donner aux tiers contre le chef de famille les actions *adjectitiæ qualitatis*, à raison des obligations nées du contrat ou quasi-contrat de l'*alieni juris*. Ces actions n'ont pas une existence propre et distincte des autres : ce sont, en réalité, les actions personnelles ordinaires du droit civil ou du droit prétorien, qui naissent de l'opération juridique de l'*alieni juris*, notamment, l'action *venditi* ou *locati*, la *condictio* ; mais on les qualifie pour

Digitized by Google

indiquer la cause justifiant l'obligation prétorienne du chef de famille : cette cause sera tantôt un ordre exprès ou tacite, elles prendront alors les qualifications de *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de peculio*, tantôt un enrichissement, l'action sera appelée alors *de in rem verso*. Ces qualifications d'origine doivent être contenues dans la formule de ces actions.

L'obligation prétorienne du chef de famille ne supprime pas celle de l'*alieni juris* : si c'est un fils de famille qui a contracté, le tiers a deux actions, l'une directe et civile contre le fils, l'autre indirecte et prétorienne contre le père ; cette dernière est ajoutée, *adjicitur*, à l'action civile : de là le nom d'*adjectitiæ qualitatis* que l'on a donné à ces actions prétoriennes.

Entrons dans les détails de cette innovation prétorienne.

**Actions données pour le tout : quod jussu, exercitoria et institoria.** — Ces actions sont données *in solidum*, c'est-à-dire pour le montant intégral de la dette contractée par l'*alieni juris*, parce qu'elles reposent sur un ordre exprès ou tacite qui ne comporte pas de limites : le droit prétorien considère alors l'obligation comme contractée par le chef de famille lui-même.

L'action *quod jussu* est fondée sur un ordre spécial de contracter une obligation : dans l'espèce, le tiers a plutôt suivi la foi du chef de famille que de l'*alieni juris*. On la donne également dans le cas où le chef de famille a ratifié après coup l'engagement, car la ratification équivaut au mandat.

L'action *exercitoria* se donne contre le chef de famille armateur (*exercitor navis*), à raison des engagements que son fils ou son esclave, préposé à la direction d'un navire (*magister navis*), a contractés pour remplir cette mission.

L'action *institoria* est donnée contre le chef de famille à raison des engagements que son fils ou son esclave, qu'il a préposé à un commerce quelconque, a contractés, en sa qualité de préposé (*institor*), pour exercer ce négoce.

Les actions exercitoire et institoire reposent, comme on le voit, sur l'idée d'un ordre tacitement compris dans l'attribution de la conduite d'une entreprise ; elles se justifient par la nécessité d'étendre le rôle de la représentation dans les bran-

Digitized by Google

ches les plus importantes de l'activité humaine : le commerce maritime et le commerce terrestre.

Ces actions étaient données pour la totalité de l'engagement, car l'*alieni juris* faisait le commerce, auquel il était préposé, pour le compte du chef de famille.

A raison de la nature du commerce maritime, qui exige une liberté plus grande que le commerce terrestre, l'action exercitoire était même donnée contre le chef de famille armateur à la personne qui avait traité avec une autre que s'était substituée l'*alieni juris* préposé au navire.

Les actions exercitoire et institoire devaient fournir au préteur et aux jurisconsultes un moyen facile pour améliorer la théorie civile du mandat : ils n'eurent qu'à les généraliser.

**Actions données jusqu'à concurrence du pécule ou de l'enrichissement : tributoria, de peculio, de in rem verso.** — Ces actions ont une étendue limitée : les actions *tributoria* et *de peculio* reposent sur un consentement tacite résultant de la concession d'un pécule et doivent naturellement se restreindre à la valeur du pécule ; l'action *de in rem verso* trouve la détermination de son étendue dans sa source : le profit procuré.

*Action tributoria.* — Supposons que l'*alieni juris* fasse, pour son propre compte, un commerce connu du chef de famille, à l'aide d'un pécule profectice affecté en tout ou en partie à une exploitation commerciale. Ce pécule tout entier, si l'affectation commerciale est complète, ou la portion de ce pécule affectée au commerce, constitue le gage des créanciers dont le droit est né à raison de ce commerce C'est le chef de famille qui est chargé de distribuer au marc le franc aux créanciers non payés les biens de pécule, et, s'il a lui-même des créances naturelles contre l'*alieni juris*, il pourra concourir au marc le franc avec les autres créanciers : l'obligation naturelle peut ici être invoquée utilement par le chef de famille à raison de sa qualité de propriétaire du pécule. Mais il peut arriver que la répartition faite par le chef de famille lèse les intérêts d'un ou de plusieurs créanciers : ceux-ci pourront alors intenter contre lui l'action *tributoria*, dont l'effet sera de le contraindre à une contribution plus équitable et à leur attribuer le complément de leur dividende.

Digitized by Google

*Actions de peculio et de in rem verso.* — L'action *de peculio* sanctionne, à l'égard du maître, les obligations contractées, à son insu ou contre son gré, par l'*alieni juris* investi d'un pécule profectice. Nous savons déjà que les biens qui composent ce patrimoine particulier deviennent le gage des créanciers qui ont traité avec l'*alieni juris*. Or, comme c'est le père qui en conserve la propriété, l'action doit être dirigée contre lui. L'action *de peculio* se limite donc à la valeur du pécule; mais le juge qui en est saisi examine d'abord si l'acte juridique a tourné au profit du *paterfamilias*: si l'acte lui a procuré un profit égal au montant de la dette, le chef de famille est tenu *de in rem verso*; s'il ne lui a procuré aucun profit ou qu'un profit inférieur au montant de la dette, le juge statue *de peculio* et accorde intégralement ou complète sur le pécule la somme due. Ainsi le juge doit se placer à un double point de vue pour évaluer le montant de la condamnation : c'est ce que veut dire Gaïus par ces mots : *una actio, duæ condemnationes*.

Entre plusieurs créanciers investis de l'action *de peculio*, c'est celui qui obtient le premier la condamnation qui est préféré, à moins que les autres n'aient un privilège, à raison de la qualité de leurs créances. Il faut remarquer, à cet égard, que le chef de famille peut ici se prévaloir des obligations naturelles de l'*alieni juris* envers lui par voie de rétention : le droit de rétention lui est reconnu à raison de sa qualité de propriétaire et de possesseur d'un pécule dont l'*alieni juris* n'a que la simple détention. Ce droit explique la faculté qui est accordée au chef de famille de prélever sur le pécule ce qui lui est dû naturellement, par privilège et préférence à tous autres créanciers.

L'action *de peculio* ne s'éteint qu'après une année utile courue depuis la reprise du pécule par le chef de famille.

L'action *de in rem verso*, dont le juge tient déjà compte dans l'action *de peculio*, n'a d'intérêt par elle seule que dans le cas où l'action *de peculio* est éteinte par prescription ou impossible par suite de l'absence d'un pécule. L'action *de in rem verso* trouve son fondement dans le profit que le chef de famille a retiré de l'acte accompli par l'*alieni juris*.

Digitized by Google

Il ne faut pas oublier que le fils de famille est considéré à l'égard des pécules castrense et quasi-castrense comme un véritable *paterfamilias* : par suite, il sera tenu dans les limites de ces pécules des obligations qu'il aura contractées.

Telle est dans son ensemble cette innovation du préteur.

Ajoutons que les jurisconsultes avaient fini par reconnaître que le chef de famille qui donne à l'*alieni juris* l'ordre ou le conseil de contracter ou qui s'enrichit avec les valeurs fournies à l'*alieni juris* par les tiers s'oblige ou est tenu *quasi ex contractu* et devient passible de la *condictio*.

**Non-représentation per extraneam personam. — Modifications progressives.** — Il ne peut être question ici que de la non-représentation dans les contrats ou quasi-contrats : nous allons examiner successivement le principe primitif, les modifications successives apportées au principe primitif et les exceptions à ce principe.

*Principe primitif.* — A l'origine, on n'est pas représenté juridiquement *per extraneam personam* : tous les actes faits par le mandataire ou gérant d'affaires lui restent personnels dans leurs effets juridiques ; il doit agir en son propre nom, et c'est lui qui devient créancier ou débiteur ; aucun lien de droit n'existe entre le mandant et le tiers ; aux yeux de ce dernier, le mandataire ou gérant seul existe. La rigueur de ce principe ne peut être tempérée, à l'origine, que par des moyens détournés : ainsi le mandant, par l'action *mandati directa*, peut exiger de son mandataire la cession des actions nées dans sa personne ; de son côté, le mandataire débiteur peut céder au tiers créancier l'action *mandati contraria* qu'il a contre le mandant. Mais on aperçoit les difficultés et inconvénients pratiques de ces recours indirects : d'abord, ils peuvent être impossibles par suite d'une absence ou d'un décès imprévu ; ensuite, le crédit personnel du mandant n'entre point en considération dans les transactions faites pour son propre compte ; enfin, le mandant et le mandataire courent les risques de leur insolvabilité réciproque.

Cette règle rigoureuse de la non-représentation existait aussi bien dans les contrats consensuels que dans les contrats solen-

Digitized by Google

nels ou réels. Quand on dit que les contrats consensuels peuvent se former *per nuntium*, cela veut dire par l'entremise d'un tiers qui ne contracte pas, mais est seulement le porte-voie des parties contractantes, et que l'une d'elles a chargé de porter à l'autre son consentement.

A mesure que les rapports sociaux devinrent plus fréquents, le besoin se fit sentir de plus en plus d'apporter des modifications au principe originaire.

*Modifications apportées au principe primitif.* — En ce qui concerne les dettes contractées par le mandataire conventionnel pour le compte du mandant, le préteur fit le premier pas dans la voie des modifications : nous savons qu'il avait permis de bonne heure aux tiers qui contractaient avec le fils ou l'esclave préposé à la conduite d'un navire ou à la direction d'une maison de commerce, de poursuivre le père ou le maître, à raison des engagements du préposé, par l'action exercitoire ou institoire. En faveur de la navigation et du commerce, il étendit l'application de ces deux actions au cas où le préposé n'était pas sous la puissance du préposant : le tiers qui avait traité avec le mandataire même non assujetti à la puissance du mandant put désormais, dans les deux cas précités, agir contre le mandant.

Les jurisconsultes firent un pas de plus et étendirent l'application de l'action institoire des affaires commerciales aux transactions ordinaires : tout mandataire fut assimilé à l'*institor*, et le tiers créancier put poursuivre le mandant par une action utile *ad exemplum institoriæ.*

Mais il faut se garder d'attribuer à ces diverses modifications une portée trop large : le mandataire contracte toujours en son nom et demeure obligé suivant le droit commun ; comme débiteur direct, il est tenu de l'action *directa*, et cette action *directa* ne disparaît pas devant l'action utile donnée contre le mandant : *adjicitur*, disent les textes en parlant de cette dernière action. Le tiers ne peut, à la vérité, cumuler les bénéfices de ces deux actions, mais il a le choix entre elles. Ajoutons que le mandataire ne pourrait repousser par l'exception de dol l'action du tiers contractant.



Digitized by Google

En ce qui concerne les créances acquises par le mandataire conventionnel pour le compte du mandant, le principe primitif resta plus longtemps dans toute sa rigueur. Les jurisconsultes furent les premiers à permettre au mandant d'exercer lui-même, dans certains cas, à titre utile, sans une cession formelle, les actions acquises par le mandataire contre les tiers ; ces cas étaient au nombre de trois : 1° lorsque le mandant ignorait le lieu de la résidence du mandataire ; 2° lorsqu'il était exposé, sans une cession tacite, à un dommage, par exemple, par suite de la vente des biens du mandataire ; 3° lorsque le mandant est un militaire. Enfin, vers la fin de l'époque classique, l'action utile est donnée dans tous les cas.

En définitive, le droit romain a fini par admettre que le mandant deviendrait débiteur ou créancier des tiers avec lesquels le mandataire a traité. Mais il n'est pas arrivé, en cette matière, à une théorie complète de la représentation : en effet, le mandataire reste débiteur et, comme tel, peut être poursuivi à la place du mandant ; il reste créancier et, comme tel, demeure investi des actions contre les tiers, tant que le mandant ne les a pas consommées.

Il y a deux cas où les jurisconsultes reconnaissaient aux tiers la faculté d'intenter contre le mandant une action civile et directe, la *condictio* : 1° lorsque le mandataire avait traité avec eux sur l'ordre ou la recommandation du mandant ; 2° lorsque les valeurs fournies par les tiers au mandataire avaient procuré un profit au mandant.

*Cas exceptionnels où la représentation était admise.* — Le mandataire peut, en appréhendant physiquement la chose (*corpus*), acquérir la possession au mandant, qui manifeste son *animus* en donnant la procuration. Or, si la tradition ou remise de la possession s'applique à une *res nec mancipi*, le mandant devient du même coup possesseur ou propriétaire ; si elle s'applique à une *res mancipi*, le mandant devient seulement possesseur *in causâ usucapiendi*, dès que la livraison lui en est connue. Sous Justinien, cette division des choses n'existe plus, et la représentation est admise dans les acquisitions de propriété.

Digitized by Google

Dans le *mutuum*, on admettait, à l'époque classique, qu'un tiers pouvait, en faisant le prêt au nom du mandant, acquérir à celui ci l'action du contrat. L'ancien droit exigeait, au contraire, pour qu'il y eût *mutuum*, que l'argent prêté passât directement des mains du prêteur dans celles de l'emprunteur. Ulpien explique la théorie nouvelle par l'idée de deux traditions fictives ou *brevi manu* : l'une du mandataire au mandant, l'autre du mandant à l'acquéreur ; celui-ci, en recevant la chose, sera censé la tenir directement de l'aliénateur lui-même, car le mandataire représente le mandant pour le *corpus*.

C'est également en se fondant sur l'idée d'une tradition *brevi manu* qu'on a donné la *condictio indebiti* au mandant, à la suite du paiement fait par son mandataire d'une dette inexistante : la représentation existe, dans ce cas, comme dans le *mutuum*.

Nous verrons même plus loin qu'un tiers étranger à la dette peut libérer le débiteur, en payant pour son compte : la représentation existe donc encore ici ; elle sera basée sur un motif de générosité, ou sur une idée de mandat tacite ou de gestion d'affaires.

On peut signaler quelques cas où, même sans faire intervenir l'idée de représentation, on fait acquérir un droit à un tiers en stipulant pour lui : 1° Un père, en dotant sa fille, peut convenir que, dans le cas où la fille viendrait à prédécéder, la dot serait restituée à lui-même, s'il vit encore, sinon à son fils ; cette faculté accordée au père de stipuler que le bien donné lui fera retour s'explique par le motif que sa libéralité a été dictée par une affection toute personnelle ; 2° En vous prêtant de l'argent, je puis convenir que vous le restituerez à un tiers que je désigne ; 3° Dans le dernier état du droit, le tiers au profit duquel une charge a été établie dans une donation peut poursuivre directement le donataire en exécution de cette charge.

## Section VII. — Translation des obligations.

**Principe général.** — On appelle *cession de créances* l'acte par lequel le créancier transporte sa créance à un tiers. Le

Digitized by Google

créancier qui consent la cession porte le nom de *cédant*, l'acquéreur du droit celui de *cessionnaire*, et le sujet passif du droit transmis celui de *débiteur cédé*. Or, les Romains n'admettent pas la cession de créances à titre particulier : considérant l'obligation comme naissant d'un rapport juridique essentiellement personnel et immuable entre deux personnes déterminées, ils en concluaient qu'il était impossible de changer l'un des sujets de ce rapport, sans détruire le rapport tout entier. La transmission de créances à titre universel, au contraire, ne fait subir aucun changement au rapport juridique : l'obligation passe activement ou passivement à l'héritier, en sa qualité de continuateur juridique de la personne du *de cujus*.

La règle qui frappait les créances d'incessibilité était fort gênante dans la pratique, car elle empêchait toute translation que le créancier aurait voulu faire à titre onéreux ou gratuit, ou que la loi pouvait imposer, dans certains cas, comme un bénéfice, au profit de certaines personnes. Aussi les jurisconsultes cherchèrent-ils à réaliser la cession à l'aide de procédés indirects.

**Procédés de cession de créances.** — Les moyens pratiques employés pour arriver indirectement à une cession de créances furent la novation et la *procuratio in rem suam*.

*Novation*. — Titius, créancier de Séius, libère son débiteur, qui promet à Mévius l'objet de son obligation précédente. Cette novation par changement de créancier éteint de plein droit la créance de Titius et la remplace par la créance équivalente de Mévius ; mais elle n'opère pas un véritable transport, car elle éteint l'ancienne créance et en fait naître une nouvelle.

Ce procédé avait l'avantage de faire acquérir au cessionnaire un droit propre et à l'abri, soit du recours d'un second cessionnaire, soit des moyens de défense que le cédé aurait pu opposer au cédant. Mais il présentait deux graves inconvénients : d'abord, il nécessitait le consentement du débiteur ; ensuite, il éteignait, avec la créance antérieure, tous les accessoires qui la garantissaient, gage, hypothèque. Aussi fut-il

Digitized by Google

abandonné le jour où le système formulaire permit aux plaideurs de se faire représenter en justice : on eut alors recours à la *procuratio in rem suam*.

*Procuratio in rem suam*. — *Idée générale*. — Titius, créancier de Séius, donne mandat à Mévius, à qui il veut céder sa créance, d'exercer son droit à l'encontre du débiteur, et le dispense de rendre compte de sa gestion, c'est-à-dire lui en abandonne d'avance le bénéfice (*in rem suam*). Sous le système des *actions de la Loi*, qui n'admettait pas le mandat juciaire, cette *procuratio* ne pouvait conduire à un résultat pratique que si le cédé payait volontairement au cessionnaire la somme due. Mais une fois que le mandat *ad litem* fut admis, la *procuratio in rem suam* apparut comme un procédé de cession vraiment commode.

*Caractères et vices originaires*. — A l'origine, le cessionnaire naire n'est qu'un simple mandataire agissant au nom du titulaire de la créance ; ce qui est cédé juridiquement, ce n'est point le droit, mais l'exercice du droit, l'action. Le droit demeure dans le patrimoine du cédant. Pour agir *procuratorio nomine*, le cessionnaire se fera délivrer par le magistrat une formule dont l'*intentio* portera le nom du cédant, et la *condemnatio* son propre nom. C'est par la *litis contestatio* que le droit est acquis au cessionnaire : car, par l'effet de la *litis contestatio*, le droit déduit en justice est éteint et un droit nouveau est créé, dont le cessionnaire se trouve désormais investi : le cessionnaire sera donc substitué dans la position qu'aurait eue le cédant en agissant lui-même.

Mais, avant la *litis contestatio*, la *procuratio in rem suam* produit toutes les conséquences du mandat, c'est-à-dire présente, en ce qui concerne la cession, des inconvénients sérieux : 1° Elle s'évanouit par la mort du mandataire ou du mandant, ou par la révocation expresse ou tacite du mandat ; 2° Le débiteur reste libre de payer entre les mains du créancier, et celui-ci d'éteindre la créance, notamment, par acceptilation ; le cessionnaire aura bien, dans ces cas, un recours contre le cédant par l'action *mandati contraria*, mais ce recours est exposé aux risques d'une insolvabilité postérieure ; 3° Le cession-

14

Digitized by Google

naire peut se voir opposer toutes les exceptions, même celle de compensation, dont le débiteur jouit contre le mandant.

*Réformes postérieures.* — Pour garantir le cessionnaire contre tout danger provenant du chef du débiteur cédé, on avait mis en pratique la formalité de la *denuntiatio litis :* cet usage consistait dans la notification du mandat faite par le cessionnaire au débiteur cédé. Le cédé une fois avisé officiellement ne pouvait plus exciper de son ignorance de la cession. La formalité de la *denuntiatio litis*, assez comparable à la signification au cédé exigée par la loi française comme condition de l'investiture du cessionnaire à l'égard des tiers, est consacrée législativement par une Constitution de Gordien. D'ailleurs, le droit romain paraît avoir admis que la *denuntiatio* pouvait être suppléée par l'acceptation expresse ou tacite du transport par le cédé ; car cette acceptation équivaut à un engagement pris par le cédé de ne pas payer entre les mains du cédant au préjudice du cessionnaire : ainsi les textes décident que le paiement partiel que le cédé aurait effectué entre les mains du cessionnaire suffit pour le lier désormais envers ce dernier.

La notification ou l'acceptation du transport ont pour effet de consolider le droit du cessionnaire par rapport au débiteur cédé : celui-ci ne pourra plus désormais se prévaloir du paiement qu'il verserait au cédant, ni des conventions extinctives intervenues postérieurement entre le cédant et lui, ni des exceptions qu'il pourrait acquérir dans la suite contre le cédant. Le débiteur sera tenu envers le cessionnaire, comme s'il y avait eu *litis contestatio* : s'il faisait un acte nuisible aux intérêts du nouveau créancier, il manquerait à la bonne foi et répondrait de son dol.

Mais, envers le cédant, le cessionnaire ne devenait pas, par le seul effet de la notification ou de l'acceptation du transport, titulaire de la créance : c'était toujours au nom du mandant qu'il devait agir, et il suffisait du décès de l'une des parties pour faire tomber le mandat.

Pour remédier à ces inconvénients, la jurisprudence reconnut au *procurator in rem suam* un droit propre et l'investit des

Digitized by Google

actions *utiles*. C'était désormais un véritable acquéreur de créance : aussitôt la procuration donnée, le mandataire est dans une situation équivalente à celle que lui faisait la *litis contestatio* : le cédant ne pourra plus désormais éteindre la dette, ni révoquer le mandat, ou l'anihiler en poursuivant lui-même ; et le cessionnaire pourra transmettre son droit à ses héritiers.

Enfin, par un dernier progrès, les empereurs en arrivèrent à décider que la *procuratio in rem suam* serait sous-entendue dans tous les cas où la cession pourrait être réclamée, soit en vertu d'une convention antérieure, notamment, vente, donation, constitution de dot, soit en vertu d'un testament, tel est le cas du legs d'un droit de créance, soit en vertu d'un texte de loi imposant au créancier l'obligation de céder ses droits et actions, c'est le cas du bénéfice de cession d'actions. La cession est alors nécessaire et tacite, et est censée accomplie comme suite de l'obligation qui l'impose. Nous en avons rencontré déjà un exemple remarquable dans la théorie de la non représentation : nous avons vu qu'on avait permis au mandant d'exercer, à titre utile, sans une cession expresse, les actions acquises par le mandataire contre les tiers. La cession tacite laisse subsister l'utilité de la *denuntiatio*.

En résumé, sous Justinien, la cession tacite, qu'elle soit conventionnelle ou légale, une fois notifiée, investit le cessionnaire d'un droit à l'abri des actes du cédé ou des caprices du cédant.

**Causes de la cession de créances.** — La cause ou fait juridique qui détermine la cession provient de la libre volonté des parties ou de la loi elle-même. Dans le premier cas, la cession est dite volontaire ou conventionnelle : elle peut être la conséquence d'une convention quelconque ou d'un legs ; dans le second cas, elle est dite nécessaire ou légale : elle est établie surtout en faveur des personnes qui, étant obligées à la dette d'autrui, désintéressent le créancier ; en droit français, cette cession prend le nom de subrogation légale.

**Capacité requise pour opérer la cession.** — En ce qui concerne la forme employée pour réaliser la cession, le cé-

Digitized by Google

dant doit pouvoir donner et le cessionnaire recevoir un mandat *ad litem*. Les personnes notées d'infamie ne pouvaient ni représenter ni se faire représenter en justice ; mais cette incapacité finit par disparaître. Les femmes et les militaires ne pouvaient ester en justice pour autrui ; mais on leur permit de bonne heure de figurer dans une *procuratio in rem suam*, par le motif que le mandat était dans leur propre intérêt.

Dans le dernier état du droit, il n'y a pas d'autre incapacité que l'incapacité générale de contracter ; on n'a plus à considérer que la capacité relative à la convention : le cédant doit être titulaire de la créance et capable de l'aliéner, le cessionnaire doit avoir la capacité d'acquérir.

**Objet de la cession.** — En principe, peuvent être cédées toutes les actions, tant réelles que personnelles. Seulement, tandis que la cession des actions personnelles est fréquente, celle des actions réelles est extrêmement rare : on ne conçoit guère la cession de l'action en revendication que dans le cas où le propriétaire a perdu la possession de la chose qu'il a vendue : ne pouvant alors employer ni la tradition, ni l'*in jure cessio*, ni la mancipation, il est contraint de prendre un détour en cédant à l'acheteur son action *in rem*.

D'ailleurs, pour qu'une action soit cessible, il faut, d'une part, que le droit qu'elle sanctionne ne soit par exclusivement attaché à la personne du titulaire, et, d'autre part, que la cession n'en soit pas prohibée par une disposition formelle de la loi.

En premier lieu, ne peut être cédé le droit personnel ou réel juridiquement intransmissible : ainsi en est-il des droits d'usage et d'habitation, des *operæ officiales* dues par les affranchis à leur patron, des actions *quæ vindictam spirant*, comme l'*actio injuriarum* et la *querela testamenti inofficiosi*.

Ajoutons que les actions même transmissibles, une fois déduites en justice, ne peuvent plus faire l'objet d'une cession, à partir de la *litis contestatio*.

En second lieu, l'incessibilité d'une créance ou d'un droit peut résulter d'un texte législatif.

Ainsi, Dioclétien annule la cession de créances faite *ad poten-*

Digitized by Google

*tiorem*, c'est-à-dire dans le but de susciter au débiteur un créancier plus puissant et plus redoutable.

Une autre restriction plus importante à la liberté des conventions fut apportée par Anastase et confirmée par Justinien, dans le but de réprimer les abus de la spéculation : elle est contenue, dans les célèbres lois *Per diversas* et *Ab Anastasio*, qui sont l'origine du *retrait litigieux*. Le retrait litigieux consiste dans la faculté accordée à celui contre lequel un droit litigieux a été cédé de s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix réel de la cession, augmenté des frais et loyaux coûts et des intérêts courus depuis le jour du paiement du prix. La créance est litigieuse, lorsqu'elle fait surgir des contestations entre les parties, par exemple, si le débiteur nie l'existence du droit réclamé, oppose le paiement ou excipe de la prescription. Bien entendu, il ne faut pas qu'il y ait un procès déjà engagé, car, à partir de la *litis contestatio*, les créances ne peuvent plus faire l'objet d'une cession. Les titulaires de créances litigieuses préfèrent souvent les céder à vil prix que de s'exposer aux ennuis ou courir les chances d'un procès ; et ce sont des gens généralement peu scrupuleux, représentés par la loi romaine comme des spéculateurs avides, *fortunis alienis inhiantes*, qui se rendent cessionnaires de ces créances douteuses ; une fois investis de ces créances, ils cherchent à en retirer le plus qu'ils peuvent, et souvent les débiteurs, menacés des ennuis et des frais d'un procès, subissent leurs exigences. Anastase, afin d'enlever aux acheteurs de procès toute espérance de gain illicite et de diminuer le nombre des procès, décide que le cessionnaire à titre onéreux d'un droit litigieux ne pourra réclamer du débiteur cédé que le montant de ses déboursés et des intérêts légitimes, sauf dans les cas suivants, où l'on doit écarter l'idée de spéculation : 1° lorsque la cession est faite à un créancier à titre de dation en paiement ; ici la cession a pour but d'éteindre une dette du cédant envers le cessionnaire ; 2° lorsqu'elle est faite à un légataire ou fidéicommissaire en délivrance de leurs droits ; ici on respecte la volonté du *de cujus*, et la cession est exclusive de toute idée de spéculation ; 3° lorsqu'elle est consentie par

Digitized by Google

un cohéritier à son cohéritier dans le but de faciliter le partage de la masse indivise dont le droit litigieux fait partie. En dehors de ces trois cas, le débiteur peut exercer le retrait litigieux, c'est-à-dire prendre le marché pour son compte, en disant au cessionnaire : Vous avez acheté moyennant tel prix le droit qui motive le procès imminent ; voilà la somme que vous avez versée : nous sommes quittes, le procès n'a plus de raison d'être.

Il n'en est pas de même de la cession à titre gratuit d'un droit litigieux. Outre, qu'ici le retrait litigieux n'est pas possible, puisqu'il n'y a pas eu de prix de cession, il faut ajouter que l'esprit de spéculation, qui domine chez les acheteurs de procès, n'existe pas chez le donataire de droits litigieux.

Pour éluder l'application de la loi, le créancier cédait à titre onéreux jusqu'à concurrence du montant des déboursés et faisait donation du surplus au cessionnaire. Mais Justinien remédia à cette fraude, en déclarant la donation nulle et en ne permettant au cessionnaire de ne reprendre que ses déboursés.

Le Code civil exige, pour l'exercice du retrait litigieux, qu'il y ait eu, lors de la cession, contestation sur le fond du droit et procès commencé, c'est-à-dire ouvert par une assignation.

**Effets de la cession de créances.** — Envisagés au point de vue des rapports du cessionnaire avec le cédant, les effets de la cession doivent se régler suivant la nature et les caractères du *negotium juris* intervenu entre les parties. Ainsi on appliquera les principes qui régissent la vente, le legs, la constitution de dot, la donation, suivant que la cession aura eu pour cause une vente, un legs, une constitution de dot, une donation.

Lorsque la cession est faite en vertu d'une convention à titre onéreux, comme la vente, le cédant garantit l'existence de la créance, mais non la solvabilité du débiteur. Le droit cédé doit exister légitimement au profit du cédant lors du transport : si donc il était atteint d'un vice antérieur, tel que la violence, faisant naître au profit du débiteur, pour paralyser

Digitized by Google

la créance, l'exception perpétuelle *quod metûs causâ*, ou si le droit existait au profit d'un autre que le cédant, la garantie serait due au cessionnaire. En cas d'éviction, celui-ci pourra réclamer, en vertu de la garantie, la restitution du prix et, en outre, des dommages-intérêts, qui se calculeront sur le préjudice causé.

Lorsque la cession est faite en vertu d'une convention à titre gratuit, le cédant ne doit aucune garantie, sauf dans le cas de dol ou encore sauf clause contraire.

La convention peut, d'ailleurs, étendre ou restreindre les règles générales relatives à la garantie. Ainsi, parmi les clauses extensives, on peut citer celle par laquelle le cédant s'oblige à garantir la solvabilité actuelle, c'est-à-dire au jour du transport, ou la solvabilité actuelle et future du débiteur : l'action en garantie est subordonnée, dans ces deux cas, à la preuve de l'insolvabilité par une discussion préalable des biens. Parmi les clauses restrictives, on peut citer celle par laquelle on convient que le cédant ne devra aucune garantie pour l'existence même de la créance : cette clause aurait pour résultat de dispenser le cédant de payer des dommages-intérêts au cessionnaire évincé, mais non de l'affranchir de l'obligation de restituer le prix de la cession.

Envisagés au point de vue des rapports du cessionnaire avec le débiteur cédé et les tiers intéressés, les effets de la cession peuvent se résumer dans la substitution juridique, en ce qui concerne la créance, du cessionnaire au créancier primitif. Il en découle deux conséquences importantes :

1° Le cessionnaire est investi de toutes les actions et de tous les droits qui compétaient au cédant : il pourra poursuivre le débiteur, les fidéjusseurs et tous autres *intercessores ;* il profitera des accessoires de la créance, tels que gages, hypothèques, privilèges attachés à la créance, intérêts à échoir. Mais les privilèges attachés à la qualité des créanciers ne sont pas compris dans la cession. De même, les bénéfices résultant de qualités purement personnelles au cédant ne passent pas au cessionnaire : ainsi le cédant est un pupille qui a été autorisé par décret, sur la considération d'une nécessité urgente,

Digitized by Google

à céder une créance ; les avantages qui lui appartenaient, à ce titre, par exemple, celui de la suspension de la prescription pendant la tutelle, ne passeront pas au cessionnaire majeur et maître de ses droits. En sens inverse, si c'est le cessionnaire qui est en tutelle, il jouira, quant à la créance cédée, des bénéfices attachés à la minorité et qui n'appartenaient pas au cédant majeur. Il s'agit, en effet, de faveurs inhérentes à la personne du titulaire de la créance ; ce ne sont donc pas des accessoires de la créance, pouvant se transmettre avec elle.

2° Le cessionnaire est passible de tous les moyens de défense et de toutes les exceptions que le débiteur cédé et les coobligés auraient pu opposer au cédant, pourvu que ces moyens de défense ou exceptions soient antérieurs à la signification du transport et ne soient pas personnels au cédant, comme le seraient les exceptions de dol et de compensation.

**Vente d'une hérédité ou cession de droits successifs.** — Si la qualité d'héritier est intransmissible, il n'en est pas de même des droits actifs et passifs attachés à cette qualité. Un héritier peut, après avoir accepté une succession ouverte, vendre les choses comprises dans l'hérédité. Mais l'acheteur n'est pas investi, par le seul fait de la cession, des droits et obligations qui sont fixés sur la tête de l'héritier : des stipulations garanties par des fidéjusseurs étaient nécessaires pour imposer au cessionnaire la charge des dettes et même, à l'origine, pour lui donner le bénéfice des créances ; plus tard, la *procuratio in rem suam* fut introduite pour les créances, et on ne tarda pas à accorder au cessionnaire contre les débiteurs héréditaires une action utile. Investi des droits actifs et passifs de l'hérédité, le cessionnaire profite de tout l'émolument et supporte toutes les charges héréditaires. Le cédant ne garantit, à moins de clause contraire, que son titre d'héritier.

## Section VIII. — Extinction des obligations.

### *Notions générales.*

D'après les règles du droit civil, le temps n'efface pas plus le droit de créance que le droit de propriété ; mais, s'il est

Digitized by Google

dans la nature du droit de propriété de se perpétuer par la transmission, il est de la nature du droit de créance de s'éteindre par des modes légalement déterminés. En effet, il ne présente une véritable utilité pour le créancier que le jour où le débiteur acquitte son obligation ou, comme disent les textes, se libère en dénouant le lien de droit qui l'enchaînait à son créancier.

Dans le droit romain primitif, il existait un principe général d'après lequel les formes nécessaires pour rendre efficace la volonté de l'homme étaient également nécessaires pour la révoquer. C'est ainsi que la *manus* établie par la *confarreatio* ne pouvait se dissoudre que par la cérémonie contraire de la *diffarreatio*, que l'empreinte de la consécration ne pouvait être effacée que par une cérémonie inverse, que le legs n'était révoqué que par une formule identique à celle qui l'avait conféré : *do, lego* ; *non do, non lego*. Les obligations ne devaient pas échapper à l'application de ce principe ; nous trouvons, en effet, cette règle dans les textes : *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*, les droits s'éteignent par un mode semblable à celui qui a servi à les créer. Rien ne paraissait plus naturel aux Romains primitifs que de dissoudre un lien juridique par un procédé analogue à celui qui l'avait formé. Suivant toutes les vraisemblances, la portée de la règle dut dominer, à l'origine, toute la théorie de l'extinction des obligations : à chaque classe d'obligations contractuelles devait correspondre un mode particulier d'extinction, réglé sur le modèle de leur formation.

C'est ainsi que le *nexum* ou prêt d'argent primitif, dans lequel l'obligation était formée *per æs et libram*, s'éteignait *per æs et libram* : à la vente fictive ou *mancipatio*, qui intervenait pour faire naître le lien contractuel, et qu'il ne faut pas confondre, malgré la similitude des formes, avec la *mancipatio*, mode d'acquérir, succédait un paiement fictif sous forme de *mancipatio*. La *nuncupatio*, ou déclaration par laquelle l'emprunteur promettait de restituer est l'origine des contrats *verbis*. Il est généralement admis que, plus tard, l'on revêtit de la forme *per æs et libram* des contrats autres que le prêt d'argent.



Digitized by Google

Suivant Gaïus, le mode extinctif *per æs et libram* aurait été employé par le légataire *per damnationem* pour libérer l'héritier de l'obligation née d'un testament *per æs et libram*.

Nous voyons également les obligations formées *verbis* s'éteindre *verbis* : l'acceptilation et la novation trouvent là leur application spéciale.

De même, les obligations formées *re* s'éteignaient *re*, par un paiement réel.

Pareillement, l'obligation née d'un contrat consensuel s'éteignait par le mutuel dissentiment, *contrario consensu*.

Il est vraisemblable que les obligations *litteris* s'éteignaient également *litteris*, par une mention sur le *Codex ;* mais ici les documents nous font défaut.

On peut même conjecturer, en se basant sur l'esprit formaliste des premiers temps, que la règle commença par être impérative et que, par suite, les parties ne pouvaient dissoudre l'obligation que par le mode qui était spécial au contrat qui l'avait créée.

Mais, à l'époque classique, la règle avait perdu sa portée générale ; nous ne la retrouvons qu'avec l'acceptilation pour les contrats *verbis* et le *contrarius consensus* pour les contrats consensuels. Le paiement et la novation sont devenus des modes généraux pouvant éteindre toute obligation.

Le formalisme primitif ne disparut pas complètement le jour où ces deux modes d'extinction furent susceptibles d'une application générale ; on le retrouve encore dans le choix restreint des causes d'extinction : en effet, la législation civile ne sanctionne que certains modes, et nous arrivons à distinguer les causes d'extinction, suivant qu'elles sont reconnues par le droit civil ou par le droit prétorien.

Les modes du droit civil éteignent de plein droit, *ipso jure*, les modes du droit prétorien, par voie d'exception, *exceptionis ope*. Trois intérêts pratiques s'attachent à cette division :

1° Au point de vue de la procédure, le mode d'extinction *ipso jure* rentre dans les moyens directs de défense et peut être opposé en tout état de cause, même devant le juge ; le mode d'extinction *exceptionis ope* doit être invoqué *in jure*, devant le magistrat, et inséré dans la formule ;

Digitized by Google

2° L'extinction civile est définitive : l'obligation ainsi éteinte ne revit plus ; l'extinction prétorienne paralyse seulement l'obligation : l'obligation ainsi paralysée reprendra sa vigueur originaire, si quelque pacte postérieur vient effacer l'effet d'un pacte précédent ;

3° Le mode d'extinction *ipso jure* a un effet absolu à l'égard de tous les intéressés ; le mode d'extinction *exceptionis ope* ne peut être invoqué, le plus souvent, que par les parties entre lesquelles il est intervenu.

Les modes civils de libération sont : le paiement, la novation, l'acceptilation, le *contrarius consensus*, la perte de la chose due, la confusion, le concours de causes lucratives, la mort, la *capitis deminutio*.

Les modes prétoriens sont : la compensation, le pacte de remise, le pacte de constitut, le serment, le laps de temps.

## I. — *Modes extinctifs civils.*

**Du paiement.— Idée générale.** — Le paiement est l'accomplissement même de l'obligation, la prestation de ce qui est dû. C'est le dénouement du lien obligatoire, *solutio*. Le mot *paiement* ne désigne pas seulement, dans la langue du droit, comme dans le langage usuel, le versement d'une somme d'argent, mais aussi toute autre prestation effectuée en exécution d'une obligation. Suivant que l'obligation est *ad dandum*, *ad faciendum*, *ad præstandum*, payer sera *dare*, *facere*, *præstare*. Ainsi le vendeur paie en livrant la chose vendue, tout aussi bien que l'acheteur en comptant le prix. De même, un ouvrier paie en exécutant le travail promis, tout aussi bien que le maître en lui donnant son salaire. Depuis l'époque classique, le paiement est devenu un mode général d'extinction, s'appliquant à toutes les obligations, sans distinction d'origine ou de nature.

**Personnes capables de payer.** — En principe, le paiement peut être fait, non seulement par le débiteur ou par toute personne intéressée à la dette, telle qu'un coobligé ou une caution, mais encore par un tiers étranger à la dette. En premier lieu, les coobligés principaux ou accessoires ne sont pas

Digitized by Google

tenus d'attendre les poursuites du créancier, ils peuvent les prévenir par le paiement. En second lieu, l'obligation peut même être acquittée par un tiers étranger à la dette, par exemple, par un ami du débiteur, qui veut le soustraire à une expropriation imminente. Le tiers peut même payer à l'insu et contre le gré du débiteur, mais il faut toujours qu'il agisse dans l'intérêt et en l'acquit du débiteur. En supposant cette condition remplie, le paiement émané d'un tiers éteint la créance, mais laisse en quelque sorte subsister la dette ; car le tiers, ayant agi dans l'intérêt du débiteur, pourra recourir contre ce dernier, soit par l'action primitive, si elle a fait l'objet d'une cession expresse ou tacite, soit, suivant les circonstances, par les actions de mandat ou de gestion d'affaires.

Si le tiers a payé en son propre nom, *proprio nomine*, il faut voir quel est le mobile qui l'a dirigé. A-t-il payé dans l'intention de faire une donation au débiteur, *animo donandi :* il n'aura contre lui aucune action. A-t-il payé, au contraire, dans son intérêt personnel, par exemple, pour placer des fonds qui l'embarassaient : il pourra agir contre le débiteur par l'action *de in rem verso*, qui est fondée sur ce principe d'éternelle justice que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui ; mais cette action ne permet d'agir que dans la mesure de l'enrichissement procuré : par conséquent, si la dette n'était pas productive d'intérêts, le tiers ne pourra réclamer que le remboursement du capital qu'il a déboursé. A-t-il payé par erreur pour éteindre une dette dont il se croyait tenu, la *condictio indebiti* lui sera ouverte.

Comme on le voit, le créancier n'a pas le droit, en principe, de refuser le paiement intégral qui lui est offert par un tiers non intéressé. La loi présume que l'important pour lui, c'est d'être payé et qu'il lui est indifférent d'être désintéressé par celui-ci ou par celui-là. Mais la raison de la règle en indique elle-même les limites : elle cessera de s'appliquer toutes les fois que le créancier prouvera qu'il a un intérêt légitime à ce que l'obligation soit acquittée par le débiteur lui-même. C'est ce qui a lieu généralement dans les obligations de faire : il résultera souvent des circonstances que le créancier a pris en

Digitized by Google

considération le talent, l'habileté, les aptitudes spéciales, le fait personnel du débiteur : on ne pourrait, dès lors, sans dénaturer l'obligation, autoriser pour son accomplissement la substitution d'une autre personne au débiteur. Mais le droit commun reprendrait son empire, si la personne du débiteur d'un fait était indifférente : tel serait le cas où un terrassier se serait obligé à enlever de mon jardin des décombres : une autre personne pourrait payer à sa place. Quant aux obligations de ne pas faire ou de s'abstenir, elles ne sont évidemment exécutables que par le débiteur lui-même.

Mais il va sans dire que cette faculté générale de payer ne suffit pas, à elle seule, pour rendre un paiement valable ; il faut, de plus, avoir la capacité de rendre sa condition pire, et, spécialement dans les obligations de *dare*, être propriétaire de la chose donnée en paiement :

1° Quiconque paie doit avoir la capacité de rendre sa condition pire ; sinon, le paiement est nul. S'il s'agit d'une obligation de *dare*, le débiteur incapable d'aliéner pourra répéter, tant que la chose, le vin livré, par exemple, n'a pas été consommée ; le créancier l'a-t-il consommée de mauvaise foi, il sera tenu de l'action *ad exhibendum* ; l'a-t-il consommée de bonne foi, le paiement sera désormais irrévocable. S'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la nullité du paiement procurera à l'incapable le droit d'obtenir une indemnité par une *condictio sine causâ*.

2° Dans les obligations de *dare*, pour que le paiement soit valable, il faut que le *solvens* soit propriétaire de ce qu'il livre ou soit nanti du mandat du propriétaire. La nullité du paiement fait avec la chose d'autrui pourra être invoquée par le créancier, qui est intéressé à réclamer un nouveau paiement à la place d'un paiement qui n'est pas libératoire, par le débiteur, qui sera tenu, pour exiger la répétition, de payer une autre chose à la place, et par le propriétaire, demeuré étranger au paiement, qui pourra revendiquer sa chose contre tout détenteur. Mais le paiement fait avec la chose d'un tiers se trouvera valable après la ratification du propriétaire ou après l'achèvement de l'usucapion au profit du créancier.

Digitized by Google

**Personnes capables de recevoir le paiement.** — Le paiement doit être fait au créancier ou aux tiers chargés de le recevoir.

Le créancier, pour le recevoir valablement, doit avoir la capacité de rendre sa condition pire, car il aliène sa créance. Le paiement fait à un créancier incapable de le recevoir est nul, et le débiteur pourra être tenu d'en faire un nouveau. Mais il peut échapper à cette nécessité en prouvant que le paiement a tourné au profit de l'incapable, par exemple, que celui-ci a fait des fonds un emploi avantageux en achetant un immeuble.

Un tiers est autorisé à recevoir le paiement, quand il en tient le pouvoir de la loi, comme le tuteur ou curateur, de la volonté du créancier, comme le mandataire, ou de la convention, comme l'*adjectus solutionis gratiâ :* dans ce dernier cas, le mandat ne pourra être révoqué que du consentement des deux parties.

Fait à tout autre que le créancier ou la personne ayant qualité pour le recevoir en son lieu et place, le paiement n'est pas, en principe, libératoire. Mais il devient valable dans trois cas :

1° Si le créancier le ratifie : c'est le cas du paiement fait entre les mains d'un gérant d'affaires ;

2° Si le créancier en a profité ;

3° S'il était fait à une personne dont le mandat avait cessé à l'insu du débiteur. C'est une conséquence de la règle que les tiers qui ont traité de bonne foi avec le mandataire, après sa révocation ou la mort du mandant, ont droit au maintien de leurs actes.

Si le créancier refuse, par caprice ou pour tout autre motif, un paiement régulier, le débiteur ne doit pas souffrir de cette résistance et peut faire à son créancier des offres suivies de consignation : c'est le cas de l'*oblatio rei debitæ*. Les offres réelles consistent dans la présentation effective de la chose au créancier en présence de témoins. Trois conditions sont nécessaires pour leur validité : 1° que la dette soit échue ; 2° que les offres soient faites par une personne capable de payer ; 3° qu'elles soient faites à un créancier capable de recevoir un paiement ou à un tiers chargé de recevoir pour lui.

Digitized by Google

Si le créancier persiste dans son refus, le débiteur consignera la somme ou la chose mobilière, c'est-à-dire la déposera, autant que possible cachetée et scellée, dans un lieu public désigné par le magistrat, ordinairement dans un temple. Si la chose due est un immeuble, il y a lieu à l'organisation d'un séquestre.

En l'absence du créancier ou d'un fondé de pouvoirs, le débiteur peut, en obtenant du magistrat dispense de la formalité des offres, faire directement le dépôt.

Les offres seules ne produisent pas un effet de paiement, mais servent à purger la demeure du débiteur. Les offres suivies de consignation tiennent lieu de paiement, libèrent le débiteur et les coobligés, arrêtent le cours des intérêts, déchargent le débiteur de la garde et des risques de la chose, éteignent les garanties accessoires de la créance.

**Epoque et lieu du paiement.** — La convention des parties fixe ordinairement la date et le lieu du paiement.

Le paiement peut être exigé de suite, quand aucun terme n'a été fixé expressément ou tacitement dans la convention. Rappelons que le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme qui existe dans son intérêt.

Le lieu du paiement est celui désigné par la convention. A défaut de désignation, c'est la nature de l'obligation qui le détermine : la dette de corps certain est payable à l'endroit où se trouve l'objet au jour du contrat ; la dette de genre est payable au domicile du débiteur, suivant l'adage : *les dettes sont quérables et non portables*.

**Objet du paiement.** — Deux principes peuvent être posés relativement à l'objet du paiement : 1° le débiteur doit payer la chose due ; 2° il doit la payer intégralement.

En premier lieu, l'objet du paiement est celui de l'obligation, la prestation due : le créancier n'est pas tenu d'accepter une chose autre que la chose due. Mais, comme il est seul juge de son intérêt, il reste toujours libre de l'accepter et de consentir ainsi à l'opération connue sous le nom de *datio in solutum*. Il est un cas, cependant, sous Justinien, où la dation en paiement n'exige pas le consentement du créancier : ce prince

Digitized by Google

décide, en effet, dans un but d'humanité, que le débiteur hors d'état de payer en argent pourra offrir son meilleur immeuble, dont la valeur sera estimée par le juge.

Quel est l'effet de la dation en paiement ? D'après les Proculiens, elle n'éteint pas la dette de plein droit, mais seulement par voie d'exception ; autrement dit, l'action du créancier est simplement paralysée par une exception de dol. Cette doctrine semble rigoureusement conforme au résultat normal du pacte de remise *ex intervallo*, que suppose la *datio in solutum*. Les Sabiniens, fidèles à leur système de rapprochement entre les actes analogues, assimilaient la dation en paiement au paiement et la considéraient comme extinctive *ipso jure*. Leur opinion prévalut ; elle peut se justifier, car, au fond, le créancier, en acceptant une chose pour une autre, opère une sorte de novation de la dette par changement d'objet : la première dette est éteinte, et c'est en exécution de la seconde que le paiement a lieu. La *datio in solutum* constitue, dès lors, un paiement direct.

La *datio in solutum* fait naître une controverse entre les jurisconsultes pour le cas où le créancier est évincé de la chose reçue en paiement : par quelle action exercera-t-il son recours ?

Marcien lui accorde l'action originaire de sa créance, par le motif que la dation en paiement, tout comme le paiement, ne peut éteindre la dette qu'à la condition de mettre le créancier à l'abri de toute éviction : suivant cette opinion, le créancier, peut se prévaloir des garanties qui assuraient le paiement de l'obligation et a droit au montant intégral de sa créance.

Ulpien donne au créancier, à titre utile, l'action en garantie *ex empto*, comme s'il avait acheté la chose pour un prix égal au montant même de sa créance : il se fonde sur ce que la *datio in solutum* contient une novation implicite, qui a éteint la dette primitive. D'après cette opinion, les garanties accessoires, fidéjussion, gage, hypothèque, qui étaient attachées au paiement de la dette originaire, sont éteintes, et le créancier obtiendra, en vertu de l'action *ex empto utilis*, le montant de la valeur de la chose lors de l'éviction, inférieur ou supérieur au montant de la créance elle-même. Cette opinion est moins conforme aux principes que la première, mais elle a pour elle

Digitized by Google

l'avantage pratique de maintenir envers les garants de la dette primitive les résultats accomplis de la *datio in solutum*.

Justinien a reproduit sans commentaires ces deux opinions, et il est difficile, dès lors, de savoir quelle est celle qui a triomphé.

La règle que le débiteur doit payer la chose due appelle une distinction, quand l'obligation porte sur des choses fongibles, entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi. Le débiteur tenu d'une obligation *stricti juris* se libère en payant même le *pessimum genus*. Le débiteur obligé en vertu d'un contrat *bonæ fidei* n'est pas tenu de livrer des choses de la meilleure qualité, mais n'en peut imposer de la plus mauvaise ; c'est un terme moyen entre les prétentions, ordinairement exagérées en sens inverse, des deux parties.

En second lieu, le débiteur doit payer intégralement la chose due. Mais s'il plaît au créancier d'accepter un paiement partiel, sa créance s'éteint dans la mesure de ce qu'il reçoit. Le créancier ne peut, d'ailleurs, actionner les héritiers de son débiteur que pour leur part héréditaire, à moins que l'objet dû ne soit indivisible. Il doit subir également le bénéfice de division, qu'invoquent les fidéjusseurs solvables et qui le force à recevoir de chacun d'eux un paiement partiel. Ajoutons que si le débiteur offre devant le magistrat, *in jure*, une part de sa dette, l'action n'est délivrée que pour le surplus, et le créancier est tenu de recevoir la part offerte.

Lorsque le débiteur est tenu de dettes distinctes envers un créancier, rien ne s'oppose à ce qu'il se libère de chacune d'elles séparément. Le paiement n'est, en effet, indivisible, qu'en ce qui concerne chaque dette prise isolément, et non pour toutes les dettes prises en masse. Mais si les dettes qui existent à la charge d'un même débiteur à l'égard d'un même créancier sont semblables dans leur objet, par exemple, des dettes de somme d'argent, on peut se demander sur laquelle des dettes le paiement s'imputera, c'est-à dire quelle est celle que le débiteur a entendu payer, lorsqu'il a fait un paiement insuffisant pour les éteindres toutes. C'est la théorie de l'*imputation* des paiements.



Digitized by Google

C'est, en principe, le débiteur qui dirige lui même l'imputation en déclarant, au moment où il paie, la dette qu'il entend acquitter ; à son défaut, cette indication peut être faite par le créancier au moment du paiement. Dans le silence des deux parties, la loi pose des règles générales d'imputation qu'on peut résumer dans l'ordre suivant : 1° lorsqu'une dette est productive d'intérêts, l'imputation porte d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital ; 2° entre plusieurs dettes, on choisit de préférence celle qui est échue ; 3° entre dettes pareillement échues, l'imputation se fait sur la plus onéreuse, par exemple, celle dont l'action entraîne l'infamie ou croît au double en cas d'*infitiatio ;* 4° entre dettes pareillement échues et pareillement onéreuses, on préfère la plus ancienne en date, et, si la date de leur formation est la même, l'imputation sera proportionnelle.

**Effets du paiement.** — Le paiement régulièrement fait par le débiteur éteint de plein droit l'obligation et toutes les garanties accessoires qui avaient pour but d'en assurer l'exécution. Le paiement fait par un débiteur non-propriétaire de la chose donnée en paiement peut devenir libératoire, lorsque le créancier a usucapé la chose ou l'a consommée de bonne foi.

Le paiement fait par un tiers dans l'intérêt du débiteur lui donne, pour se faire rembourser, l'action de mandat ou celle de gestion d'affaires, suivant les cas, à moins que le tiers n'ait agi dans une intention de libéralité ou malgré l'opposition formelle du débiteur.

Si le tiers avait prêté au débiteur les fonds nécessaires pour se libérer, il aurait contre lui la *condictio ex mutuo*.

Mais les actions *mandati* et *negotiorum gestorum*, accordées au tiers qui a payé, sont purement personnelles et le laissent, par suite, exposé aux risques de l'insolvabilité du débiteur : aussi, dans le cas où la dette, que le paiement doit éteindre, est garantie, notamment, par une fidéjussion ou une hypothèque, il a intérêt à devenir cessionnaire des actions attachées à la créance : le créancier pourra les lui céder, soit en vertu d'un acte de sa volonté, soit en vertu d'une disposition de la loi. Nous savons, en effet, que la loi accorde un bénéfice de

Digitized by Google

cession d'actions aux tiers intéressés personnellement au paiement de la dette. La cession d'actions se justifie par des motifs d'utilité pratique : une fois payé, le créancier n'a plus besoin des garanties attachées à sa créance ; ces garanties pourront être fort utiles à celui qui a employé ses fonds à effectuer le paiement. La cession déterminera ainsi plus facilement le tiers à intervenir en faveur du débiteur, qui, sans elle, n'aurait peut-être trouvé personne pour le libérer ; en outre, elle permet au créancier de recouvrer ce qui lui est dû, et ne peut nuire aux autres créanciers, puisque leur situation reste, après la cession, ce qu'elle était avant.

Le tiers qui veut payer pour le débiteur doit demander ou invoquer la cession avant d'avoir réalisé le paiement ou avant la *litis contestatio ;* car ces actes éteignent la dette avec ses accessoires, et cette extinction rendrait la cession impossible. Le créancier, qui refuserait la cession dans le cas où elle est imposée par la loi, serait repoussé par une exception de dol. Rappelons que la cession devient tacite, toutes les fois qu'elle est due en vertu d'une convention, d'un testament ou de la loi.

**De la novation. — Nature et but.** — En droit français, la novation est la substitution conventionnelle d'une dette nouvelle à une dette préexistante. En droit romain, c'est la substitution conventionnelle d'une dette née de la stipulation à toute dette préexistante : *stipulatio prioris debiti*. Nover, c'est stipuler ce qui est dû. L'ancienne obligation éteinte est remplacée par une obligation nouvelle née de la stipulation. La novation romaine est donc le résultat d'une opération unique, la stipulation, qui est ici à la fois extinctive et créatrice.

Pour qu'il y ait novation, il ne suffit donc pas que l'obligation soit modifiée, il faut qu'elle soit transformée, c'est-à-dire renouvelée dans sa forme. Ainsi il n'y a pas novation, si le créancier se borne à stipuler de son débiteur une hypothèque ou un gage ou s'il renonce à une garantie attachée à sa créance : ces modifications ne touchent pas à l'essence de l'obligation. Nous verrons que Justinien apporta une grave dérogation à ce principe, en décidant que la simple modification de l'un des accessoires de l'obligation emporterait novation.

Digitized by Google

La novation par changement de cause met très bien en relief la transformation requise : Vous me devez cent sexterces en qualité d'acheteur ; si je vous dis : promettez-vous de me donner ces cent sexterces, et que vous répondiez : je promets, l'obligation de la vente est éteinte, et la stipulation a du même coup éteint la dette primitive et créé une obligation nouvelle.

Mais toute création d'une dette nouvelle à la place d'une dette ancienne ne constitue pas une novation. Ainsi la conversion du dépôt en *mutuum*, qui se décompose en deux traditions successives, n'entraine pas novation ; il en est de même de la *transcriptio* du contrat *litteris*, qui suppose deux actes distincts. La novation suppose une seule opération en même temps extinctive et créatrice.

L'utilité pratique de la novation se présente à plusieurs points de vue :

1° En stipulant ce qui lui est dû, le créancier attachera aux obligations résultant de tout autre mode que la stipulation les avantages de l'obligation *verbis* : ainsi il pourra donner une forme plus précise à sa créance ou avoir à son service un moyen d'action plus énergique ; il aura la possibilité d'user de l'acceptilation pour éteindre sa nouvelle créance ; en outre, à l'origine, par cette transformation en obligation verbale, sa créance deviendra susceptible des garanties de la *sponsio* ou de la *fidepromissio* ;

2° La novation permettra au créancier d'ajouter une modalité à une obligation pure et simple ; un simple pacte ne ferait naître aucune obligation civile ;

3° Elle constitue l'un des procédés indirects employés pour obvier à l'impossibilité juridique de céder une créance ;

4° Elle permet d'échapper, dans une certaine mesure, à la règle qui exclut la représentation, lorsqu'un mandant stipule à l'avance du tiers tout ce que celui-ci promettra au mandataire : Me promettez-vous tout ce que mon mandataire stipulera de vous ? Ici il y a novation d'une dette future : la novation produira son effet le jour où naîtra la dette novée par anticipation ; le résultat de l'acte accompli par le mandataire sera transporté, dès ce jour-là, sur la tête du mandant.

Digitized by Google

**Conditions requises pour nover.** — Cinq conditions sont exigées pour que la novation s'opère : 1° une obligation à éteindre ; 2° une obligation nouvelle née de la stipulation ; 3° un élément nouveau dans cette seconde obligation ; 4° l'intention de nover ; 5° la capacité de nover.

1° *Existence d'une première obligation.* — Il faut une première obligation, dont l'extinction sera la cause de la création de la seconde. Peu importe que la première obligation soit civile ou prétorienne; l'obligation naturelle peut elle-même servir de base à la novation. On admet également la novation d'une dette à terme. Il suffit donc qu'il existe une obligation, et, si l'on nove une obligation conditionnelle ou future, la novation sera affectée de la même incertitude que la dette qu'on a voulu nover : par conséquent, il ne pourra y avoir novation, si cette dette ne prend pas naissance. Ainsi, je vous ai promis de vous donner cent sexterces, si je gagne tel pari ; puis je conviens avec vous qu'à la place de ces cent sexterces, je vous donnerai tel immeuble, qui vaut à peu près cette somme. C'est une novation par changement d'objet dans la dette, mais elle est conditionnelle, je ne devrai l'immeuble que si je gagne mon pari ; si je le perds, la novation sera considérée comme n'ayant jamais eu lieu.

Mais on se rappelle que la *causa civilis* de la stipulation se trouve dans les paroles solennelles, abstraction faite du but poursuivi par les contractants. Dès lors, la stipulation intervenue pour nover une dette qui n'existait pas produit quand même le lien obligatoire, pourvu que la formule employée détermine l'objet que devra le promettant : si j'ai dit : *Promettez-vous de me donner les cent sexterces que vous me devez*, et que rien ne soit dû, les *verba* vous obligent et vous n'avez qu'une *condictio sine causâ* pour répéter ce que vous m'avez promis sans cause ; si j'ai dit seulement, sans préciser aucun objet ou aucune somme : *Promettez-vous ce que vous me devez*, et que rien ne soit dû, la stipulation serait nulle, faute d'objet.

2° *Existence d'une seconde obligation née de la stipulation.* — Il faut une seconde obligation, dont la création sera la cause de l'extinction de la première, et cette nouvelle obligation doit naître de la stipulation.

Digitized by Google

D'abord, il faut qu'il se forme une nouvelle obligation pour remplacer la précédente : si donc la seconde obligation est affectée d'une condition suspensive, la novation ne s'opère qu'après l'accomplissement de la modalité. Mais il est indifférent que cette seconde obligation soit civile, prétorienne ou naturelle : ainsi, quand un pupille, agissant *sine auctoritate tutoris,* me promet ce qui m'est dû par un tiers, il y a novation.

En outre, il faut que cette seconde obligation provienne de la stipulation. Observons, à cet égard, que la promesse *verbis* de l'esclave, ou la promesse faite par un pérégrin dans la forme *spondes*, *spondeo*, n'emportent jamais novation, car l'obligation *verbis* ne s'est pas formée dans ces deux cas ; il n'y a qu'un simple pacte produisant une obligation naturelle, mais inefficace à produire novation.

3° *Elément nouveau dans la seconde obligation.* — Il faut que la seconde obligation contienne un élément nouveau, *aliquid novi*, suffisamment important pour amener la transformation juridique de l'obligation antérieure. Mais quel élément nouveau faut-il exiger ? Quelles différences seront assez caractéristiques, entre les deux obligations, pour entraîner novation ? Il faut distinguer, à cet égard, deux époques : le droit classique et le droit de Justinien.

*De l'élément nouveau dans le droit classique.* — L'élément nouveau est manifeste, lorsqu'il y a changement de créancier ou de débiteur : c'est la novation *subjective*.

Entre le même créancier et le même débiteur, trois sortes d'événements peuvent produire novation : le changement de cause, l'addition ou la suppression d'un terme, l'addition ou la suppression d'une condition. Ils ont pour trait commun de transformer le rapport de droit entre les parties.

1° **Changement de personnes.** — La novation subjective s'opère par changement de créancier, lorsque le débiteur promet à un nouveau créancier ce qu'il doit à l'ancien : il y a substitution d'un créancier à un autre ; l'ancien créancier perd ses droits, le nouveau les acquiert. Ainsi Titius doit mille sexterces à Séius : sur l'ordre de Séius, Titius promet cette somme à

Digitized by Google

Mévius ; la première dette est éteinte et remplacée par la dette équivalente de Titius à Mévius. La novation par changement de créancier constitue l'un des moyens pratiques pour réaliser indirectement une cession de créances.

La novation subjective s'opère par changement de débiteur, lorsqu'un nouveau débiteur promet au créancier ce qui lui est dû par l'ancien. Cette novation libère l'ancien obligé ; elle joue le rôle d'un paiement, avec cette différence que la valeur fournie au créancier pour libérer le débiteur, au lieu d'être la prestation due, consiste dans l'engagement du nouvel obligé. On distingue deux variétés de novation par changement de débiteur : l'expromission et la délégation.

*Expromission.* — Il y a expromission, lorsque le nouveau débiteur qui promet à la place de l'ancien agit spontanément ou sur les instances d'un tiers, mais sans l'intervention du débiteur. C'est une espèce particulière d'*intercessio ;* elle n'exige que le consentement du créancier et du tiers. Nous savons déjà qu'un tiers peut payer à la place du débiteur sans le consentement de celui-ci ; il est logique qu'il puisse également le libérer en s'obligeant à sa place. Il ne faut pas confondre l'expromission avec le cautionnement : l'expromission libère le débiteur en lui substituant une autre personne ; le cautionnement fortifie l'obligation en la doublant de celle de la caution.

*Délégation.* — Il y a délégation *novandi causâ,* lorsque le nouveau débiteur, qui vient promettre au créancier, est délégué, c'est-à-dire procuré par l'ancien. Cette opération suppose le concours de trois volontés : celle de l'ancien débiteur délégant, celle du nouveau débiteur délégué, et celle du créancier délégataire. Ainsi Titius doit cent sous d'or à Séius ; il présente à Séius Mévius qui se charge de sa dette ; si Séius l'accepte et que Mévius promette la somme due, la dette de Titius est éteinte, et c'est Mévius qui devra la somme. Ordinairement, le délégué est débiteur du délégant : Titius, débiteur de Séius et créancier de Mévius, délègue Mévius à Séius, en lui donnant mandat de promettre. Cette délégation opère une double novation : elle supprime la dette de Titius envers Séius, la dette de

Digitized by Google

Mévius envers Titius, et leur substitue une dette unique de Mévius envers Séius. Au regard de Séius, il y a novation par changement de débiteur ; au regard de Mévius, il y a novation par changement de créancier.

La délégation n'a pas, d'ailleurs, toujours pour but d'éteindre des obligations : elle peut servir à réaliser un prêt, lorsque le prêteur délègue à son emprunteur un tiers qui lui doit de l'argent, ou à faire une donation, lorsqu'une personne délègue son débiteur à un tiers qui n'est pas son créancier.

La délégation consiste dans le mandat donné par le délégant au délégué, et la volonté de déléguer n'implique aucune forme spéciale. Cette volonté devient irrévocable après la naissance de l'obligation du délégué envers le délégataire. Mais il n'est pas nécessaire que cette dernière dette résulte de la stipulation ; ce qui distingue, en effet, la délégation de toute autre forme de novation, c'est qu'elle peut s'opérer non seulement par stipulation, mais encore par la *transcriptio â personâ in personam*.

Les effets de la novation par voie de délégation sont au nombre de trois :

1° *Le délégué devient débiteur du délégataire :* le délégué est tenu envers le délégataire, alors même que sa dette n'existait pas envers le délégant, pourvu que l'objet de sa nouvelle dette soit désigné par le contrat *verbis* ou *litteris*. On ne l'admet pas, en principe, à se prévaloir des exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant ; cette règle fléchit à l'égard des exceptions connues du délégataire au moment de l'opération ; elle fléchit également à l'égard des exceptions perpétuelles qui ne laissent pas subsister une obligation naturelle, lorsque le délégué ignorait, en s'engageant, ce moyen de protection et que le délégataire est un donataire. Si le délégué ne devait rien et s'est engagé dans la conviction qu'il devait, il pourrait opposer au délégataire une exception de dol.

2° *Le délégué est libéré envers le délégant :* si la dette n'existait pas ou si elle était paralysée par une exception perpétuelle, le délégué pourra recourir contre le délégant par la *condictio sine causâ* ou l'action *mandati*, pourvu que le moyen

Digitized by Google

qui le protège ne laisse pas subsister une obligation naturelle et que le délégué se soit cru valablement tenu envers le délégant au moment où il s'engageait envers le délégataire. On conçoit, en effet, que si l'exception perpétuelle laisse subsister une obligation naturelle, cette obligation naturelle pourra servir de base à la délégation, et que si, au moment de son engagement envers le délégataire, le délégué savait qu'il ne devait rien au délégant, la délégation vaudra en qualité de donation.

3° *Le délégant est libéré envers le délégataire :* le délégant ne répond pas envers le délégataire de l'insolvabilité préexistante ou future du délégué. Pour qu'il en soit autrement, il faut que la délégation ait été faite aux risques et périls du délégant ; mais alors ce n'est plus une vraie novation. Dans le cas où le délégant croyait à tort être débiteur du délégataire, une *condictio* lui est ouverte contre celui-ci pour obtenir une indemnité égale au montant de la créance qu'il avait contre le délégué et que la délégation lui a fait perdre.

2° **Changement de cause.** — Il y a novation par changement de cause, toutes les fois qu'on nove une obligation préexistante qui ne dérive pas d'une stipulation.

3° **Addition ou suppression d'un terme.** — Dans le cas de l'adjonction d'un terme, la novation protège de plein droit le débiteur contre toute poursuite anticipée du créancier, tandis qu'un pacte de remise, *pactum de non petendo intra tempus*, le garantirait seulement *exceptionis ope.* Dans le cas de la suppression d'un terme, un pacte serait illusoire, car un pacte ne peut valablement aggraver la rigueur du contrat ; dès lors, le créancier qui, se fondant sur ce pacte, agirait avant le terme fixé primitivement par le contrat encourrait la déchéance de la *plus petitio*.

4° **Addition ou suppression d'une condition.** — *Addition d'une condition :* Lorsqu'à une obligation pure et simple on substitue, *novandi causâ*, une obligation conditionnelle, la novation est conditionnelle et ne devient définitive qu'après l'accomplissement de la condition.

Tant que la condition est pendante, l'obligation originaire subsiste ; mais la stipulation *novandi animo* ne reste pas sans

Digitized by Google

effet : elle autoriserait le débiteur à repousser par l'exception de dol l'action de la première obligation ; en outre, le débiteur qui paierait par erreur pourrait répéter ; de plus, la novation conditionnelle purge la demeure antérieure du débiteur, fait obstacle à toute nouvelle mise en demeure, et affranchit le débiteur du risque des cas fortuits.

Si la condition vient à défaillir, la novation ne peut se produire, et, en principe, la première obligation se trouve maintenue. Mais le créancier peut-il agir efficacement en vertu de cette première obligation ? Il faut distinguer : si la stipulation *novandi animo* a eu lieu entre les mêmes personnes, on présume qu'elles ont voulu, par cette stipulation conditionnelle, substituer une chance à une certitude et le débiteur peut repousser le créancier par l'exception de dol ; mais si la tentative de novation n'a pas eu lieu entre les mêmes parties, l'ancienne obligation recouvre sa vigueur première.

Si la condition arrive, la novation s'opère et la dette primitive est éteinte ; mais il faut qu'à ce moment l'objet dû existe encore ; sinon, la seconde obligation ne pourrait naître faute d'objet.

*Suppression d'une condition :* Lorsqu'à une obligation conditionnelle on substitue, *novandi causâ*, une obligation pure et simple, la novation est encore conditionnelle et ne devient définitive qu'après la condition accomplie. Car, tant que la première obligation ne naît pas, il ne peut être question de son extinction. Mais la condition en suspens n'empêche pas le créancier d'agir immédiatement, en vertu de la seconde obligation, qui est pure et simple. Seulement, en cas de défaillance de la condition, il devra restituer ce qu'il a touché, car la seconde dette avait pour objet d'éteindre la première ; or, l'inexistence de celle-ci rend celle-là sans cause.

*De l'élément nouveau sous Justinien.* — Les changements admis dans le droit classique comme suffisants et nécessaires pour constituer l'élément nouveau sont également admis par Justinien. Mais ce prince se montra plus large et décida que la novation pourrait également s'opérer par changement d'objet et par changement dans les accessoires de l'obligation.

Digitized by Google

**Changement d'objet.** — La novation *objective* n'était pas admise par les anciens jurisconsultes : l'obligation nouvelle devait avoir exactement le même objet que l'obligation primitive. Toutefois, on accordait au débiteur l'exception de dol pour faire respecter le contrat nouveau contenant un changement d'objet. Vers la fin de l'époque classique, Papinien permit de nover en stipulant la valeur de l'objet dû au lieu de l'objet lui-même, et Justinien voit une novation dans la simple augmentation ou diminution de la dette primitive. On peut donc penser que, dans le dernier état du droit, l'identité d'objet n'est plus nécessaire pour opérer novation.

**Changement dans les accessoires de l'obligation.** — Le droit classique exigeait un changement dans le rapport juridique existant entre les parties. Justinien se contente, comme élément nouveau, d'un changement dans les accessoires de l'obligation : c'est ainsi que l'adjonction ou la suppression d'un gage ou d'un fidéjusseur ou même la rédaction d'un nouvel écrit suffisent à nover, pourvu que les parties l'aient ainsi entendu. Justinien n'avait, d'ailleurs, fait que consacrer, en la généralisant, une idée déjà émise par Gaïus, qui pensait que l'accession ou la suppression d'un *sponsor* étaient suffisantes pour nover ; mais l'opinion de Gaïus reposait sur ce que la *sponsio* modifiait en l'aggravant le lien juridique du débiteur, puisque le *sponsor* pouvait exercer contre lui les rigueurs de l'action *depensi* et de la *manûs injectio*.

4° *Intention de nover.* — L'*animus novandi* résulte, à l'origine, d'une formule sacramentelle novatoire. Plus tard, la formule n'est plus considérée que comme une présomption de la volonté des parties. Après la suppression des paroles solennelles, la volonté de nover devient prépondérante. Mais la recherche de l'intention des parties engendrait dans la pratique de nombreuses difficultés. Justinien, pour y mettre un terme, exige que les parties expriment formellement leur volonté de nover ; faute de quoi, la nouvelle obligation s'ajoutera à l'ancienne, au lieu de la supprimer.

5° *Capacité de nover.* — Le créancier qui stipule *animo novandi* doit être capable de rendre sa condition pire, puis-

Digitized by Google

qu'il éteint sa première créance. La capacité de stipuler *novandi causâ* est donc analogue à la capacité de recevoir un paiement. Par suite, la novation peut être faite par l'*adstipulator* ou par l'un des *correi stipulandi* ; mais l'*adjectus solutionis gratiâ*, dont le mandat se borne à recevoir le paiement d'une dette, ne peut la nover. Les tuteurs ou curateurs peuvent nover, pourvu que la novation soit avantageuse pour l'incapable. Le mandataire conventionnel ne peut nover que s'il en a reçu l'autorisation formelle. Le pupille, le mineur de vingt-cinq ans et le prodigue interdit peuvent nover, toutes les fois que leur situation juridique en sera améliorée : tel est le cas du changement d'une obligation naturelle dont ils sont créanciers en une obligation civile. Les *alieni juris* peuvent stipuler *novandi causâ* sur l'autorisation du chef de famille ; mais cette autorisation se présume toujours pour les créances de leurs pécules.

Le rôle de promettant *animo novandi* est accessible à tous ceux qui peuvent s'obliger au moins naturellement par la forme du contrat *verbis*. Nous savons, en effet, qu'une obligation civile peut être novée par une obligation naturelle. En conséquence, le pupille *sine auctoritate* peut valablement nover sa dette. Toute personne peut, d'ailleurs, nover la dette d'un tiers, à son insu ou malgré lui, tout comme elle peut la payer.

**Effets de la novation.** — La novation éteint l'obligation primitive et crée une nouvelle obligation.

1° Elle éteint l'ancienne obligation, comme l'aurait fait le paiement, avec toutes les sûretés accessoires qui la garantissaient, fidéjussion, gage, hypothèque, privilège. Les parties peuvent, cependant, à l'aide d'un pacte *in continenti* ajouté à la stipulation *novandi causâ*, réserver, pour les rattacher à la nouvelle obligation, les droits de gage ou d'hypothèque. Mais il faut supposer pour cela que les biens grevés du gage ou de l'hypothèque appartiennent à l'ancien débiteur et que celui-ci figure dans la novation. Si les biens affectés ne lui appartiennent pas, le consentement du propriétaire de ces biens est nécessaire pour valider la réserve des garanties. De même, si l'ancien débiteur propriétaire des biens grevés ne concourt pas à la novation, son consentement sera indispensable pour que

Digitized by Google

le gage ou l'hypothèque puissent passer à la nouvelle créance. Mais le privilège attaché à l'ancienne créance ne peut revivre au profit de la nouvelle. Quant aux fidéjusseurs, ils peuvent, par une nouvelle promesse formelle, accéder à la seconde obligation. Ajoutons que la novation purge la demeure du débiteur, arrête le cours des intérêts, empêche la clause pénale de se réaliser et enlève au débiteur le droit d'opposer au créancier les diverses exceptions qui pouvaient paralyser la première dette.

2° Elle crée une nouvelle obligation, qui s'apprécie indépendamment de la précédente; la nouvelle obligation peut être civile, alors que la première est naturelle, et *vice versâ*.

**De l'acceptilation.** — L'acceptilation est la remise civile d'une dette contractée *verbis*. Ce mode d'extinction est une application du principe général d'après lequel les obligations s'éteignent par un mode semblable à celui qui a servi à les former.

**Forme de l'acceptilation.** — La remise solennelle d'une dette verbale se fait dans la forme de la stipulation, mais c'est ici le débiteur qui interroge et le créancier qui répond. Le débiteur interroge le créancier dans les termes suivants : *quod ego tibi spopondi* ou *promisi*, *habes-ne acceptum*, ce que je t'ai promis, le tiens-tu pour reçu ? et le créancier répond : *habeo* ou *habeo acceptum*, je le tiens pour reçu. La forme *quod spopondi* demeura réservée aux citoyens romains. Mais tout ce qu'on sait déjà de l'élargissement progressif de la stipulation retrouve ici son application. Après la suppression des solennités de paroles, l'acceptilation n'exigea plus qu'une interrogation et une réponse concomittantes et concordantes.

**Nature.** — L'acceptilation est un *actus legitimus*, constituant un paiement fictif, *imaginaria solutio*.

En premier lieu, l'acceptilation est un acte légitime; on en déduit deux corollaires :

1° L'acceptilation ne peut avoir lieu par représentants : son caractère essentiellement personnel exige qu'elle intervienne entre le débiteur et le créancier. Cette règle était gênante dans le cas où l'un des intéressés était hors d'état de participer à

Digitized by Google

l'acceptilation, comme l'*infans*, le fou, l'absent, le muet ou le sourd. Mais on tournait la difficulté au moyen de la novation : le tuteur ou curateur n'avait qu'à nover la dette de l'incapable ; cette dette éteinte, le tuteur ou curateur devenu débiteur recevait l'acceptilation en son propre nom. De même, le mandataire pouvait, au moyen de la novation, transporter la créance ou l'obligation en sa personne et, alors, devenu créancier ou débiteur, consentir ou recevoir l'acceptilation en son propre nom. Le gérant d'affaires pouvait nover la dette du *dominus*, puis, une fois devenu lui-même débiteur, recevoir acceptilatation en son propre nom ;

2° L'acceptilation ne comporte ni condition expresse ni terme exprès. Ce corollaire ne découle pas seulement du caractère d'acte légitime de l'acceptilation, mais encore de l'analogie fictive de cette opération avec le paiement, qui est nécessairement un fait pur et simple. Le paiement fictif est réputé accompli dès le moment de l'acte. Mais l'effet libératoire de l'acceptilation peut être suspendu par des modalités tacites, c'est-à-dire non exprimées dans la formule de l'interrogation ; par suite, l'acceptilation se trouve valablement soumise aux termes ou conditions qui sont contenus dans un acte distinct de la stipulation ou qui résultent des circonstances. Ainsi l'acceptilation actuelle d'une dette conditionnelle est subordonnée implicitement à l'accomplissement de la condition, qui seul fait naître la dette.

En second lieu, l'acceptilation constitue un paiement fictif : de là trois conséquences rigoureuses, dont les deux dernières ont disparu dans le droit définitif :

1° De même que le créancier n'est pas tenu de recevoir en paiement une chose autre que la chose due, de même, dans la formule de l'acceptilation, l'indication de la chose due ne peut être remplacée par la mention d'un autre objet ;

2° Le créancier ne pouvant être contraint de recevoir un paiement partiel, on en avait d'abord conclu à tort que l'acceptilation ne pouvait être faite pour partie. Mais on ne tarda pas à faire observer que le créancier était libre d'accepter un paiement partiel et que, du moment qu'il concourait à l'accep-

Digitized by Google

tilation, il était illogique d'attacher moins d'énergie à sa volonté dans le cas d'un paiement fictif que dans le cas d'un paiement réel. Dans le droit de Justinien, la validité de l'acceptilation partielle est toujours admise, sauf dans le cas d'une dette indivisible ;

3° Lorsque, dans une dette alternative ou de genre, l'option appartient au créancier, le débiteur ne peut pas, dans son interrogation, indiquer quelle est la chose sur laquelle portera l'acceptilation. Mais on finit par décider que l'acceptilation serait valable, par le motif que la réponse du créancier établit indubitablement son adhésion au choix fait par le débiteur.

**Capacité requise pour consentir ou recevoir acceptilation.** — L'acceptilation, d'ordinaire gratuite, est plus nuisible au créancier et plus favorable au débiteur qu'un paiement réel. Son caractère de paiement fictif devait influer sur la capacité des parties. Le créancier ne peut consentir une acceptilation que s'il a la capacité de rendre sa condition pire. Il y a, sur ce point, corrélation entre le paiement fictif et le paiement réel, en principe, du moins ; car la femme en tutelle, quoique capable d'accepter seule un paiement réel, ne peut consentir seule une acceptilation. Tout débiteur qui n'est ni fou ni *infans* peut recevoir une acceptilation, alors qu'il ne peut se libérer par un paiement réel : ainsi en est-il du pupille, qui peut être libéré par un paiement imaginaire même sans l'*auctoritas* du tuteur, bien qu'il soit incapable de faire seul un paiement réel. Ajoutons que l'*alieni juris* ne peut, même sur un ordre formel du chef de famille, éteindre ses créances par acceptilation ; mais il peut toujours libérer le chef de famille de ses obligations en obtenant acceptilation pour lui.

**Effets de l'acceptilation.** — L'acceptilation régulière produit le même effet que le paiement réel : elle éteint de plein droit la dette avec tous ses accessoires d'une façon absolue, c'est-à-dire à l'égard de tous les intéressés :

1° La dette est éteinte *ipso jure* : d'où il suit que l'acceptilation constitue un moyen de défense invocable en tout état de cause et qu'un simple pacte serait impuissant à faire revivre la dette ainsi éteinte ;

Digitized by Google

2° L'extinction de la dette par acceptilation entraîne du même coup l'extinction de tous les accessoires personnels ou réels qui garantissaient le paiement, tels que fidéjussion, gage, hypothèque ;

3° L'extinction s'opère d'une manière absolue, c'est-à-dire que tous les intéressés doivent la subir ou peuvent l'invoquer. Ainsi, en cas de corréalité active, l'acceptilation consentie par l'un des créanciers au débiteur le libère à l'égard de tous ; en cas de corréalité passive, l'acceptilation consentie par le créancier à l'un des coobligés éteint l'obligation de tous les autres. Lorsqu'il y a plusieurs coobligés, dont l'obligation a une source différente, il suffit que l'un d'eux soit obligé *verbis* pour que l'acceptilation qui lui est faite libère de plein droit tous les autres : ainsi l'acceptilation consentie au fidéjusseur libèrera le débiteur principal tenu *ex mutuo*. L'extinction absolue conduit encore à décider que la remise civile faite à l'*alieni juris* d'une dette contractée envers les tiers décharge, par voie de conséquence, le chef de famille de ses obligations prétoriennes.

**But pratique de l'acceptilation.** — L'acceptilation peut intervenir à titre gratuit ou à titre onéreux.

Elle est à titre gratuit, lorsque le créancier ne reçoit aucun équivalent en échange de la libération qu'il procure au débiteur : on l'emploie pour réaliser une donation, *donatio liberatione*, pour faire une constitution de dot ou pour exécuter le *legatum liberationis* mis par le testateur à la charge de son héritier.

L'acceptilation est à titre onéreux, lorsque le créancier reçoit une compensation quelconque en retour de la renonciation à son droit. On s'en servait, à l'origine, suivant le principe général connu, pour éteindre, après le paiement réel, l'obligation contractée *verbis* ; et même, plus tard, lorsque le paiement est devenu un mode général d'extinction, l'acceptilation l'accompagne souvent encore pour supprimer tout débat sur la validité du paiement ou la translation de propriété. Les paroles de l'acceptilation ont une efficacité extinctive qui vaut quittance définitive et assure la validité de celle qui peut avoir été

Digitized by Google

délivrée au débiteur. On peut se servir également de l'acceptilation à titre onéreux pour en faire un des éléments d'un contrat innommé : *Ce que je t'ai promis, le tiens-tu pour reçu ? Je le tiens pour reçu :* l'accomplissement par l'un des contractants de la prestation qu'il a promise oblige l'autre à exécuter la sienne.

Enfin, le débiteur peut demander au créancier de lui consentir acceptilation, toutes les fois qu'il peut exiger sa libération, soit que son engagement n'ait jamais eu de cause, soit qu'il ait perdu sa cause originaire, soit qu'il ait été déterminé par dol ou violence.

**Domaine de l'acceptilation.** — Ce mode d'extinction se restreint, à l'origine, aux dettes nées de la stipulation ; plus tard, on l'étend aux obligations nées de la *dictio dotis* ou de la *jurata promissio liberti*, c'est à-dire à toutes les obligations verbales. Mais son domaine ne s'étend pas au-delà : par suite, si l'acceptilation était appliquée à une dette non verbale, elle n'éteignait pas cette dette *ipso jure*, mais elle n'était pas tout-à-fait inefficace, car il était impossible de lui refuser, au moins, la force d'une simple manifestation de volontés ; elle pouvait valoir comme simple pacte de remise, *pactum de non petendo*, opérant par voie d'exception. Comment expliquer que l'obligation naturelle d'un esclave, à la suite d'une promesse *verbis*, ou d'un pérégrin, à la suite d'une promesse par la formule *spondeo*, puisse être éteinte de plein droit par l'acceptilation ? La raison en est très simple : cette acceptilation ne vaut que comme simple pacte, puisqu'il n'y a pas, dans ces deux cas, d'obligation verbale ; mais un simple pacte suffit pour éteindre *ipso jure* une obligation naturelle.

Le domaine restreint de l'acceptilation, comme mode d'extinction, pouvait être gênant dans la pratique ; mais il existait un moyen très simple d'éteindre de plein droit par l'acceptilation une dette quelconque : il suffisait de la convertir, à l'aide de la novation, en une obligation verbale et de lui appliquer ensuite la formule extinctive de l'acceptilation. C'est à cette idée que se rattache la stipulation Aquilienne.

**Stipulation Aquilienne.** — Cette opération juridique, qui



Digitized by Google

emprunte son nom à *Aquilius Gallus*, collègue de Cicéron dans la préture, consiste dans une double formule : 1° une formule novatoire, ou modèle de stipulation destinée à transformer en une dette verbale de somme d'argent indéterminée tous les droits réels ou de créance compris dans un patrimoine ; 2° une formule ou modèle d'acceptilation destinée à les éteindre, une fois transformés en obligation verbale. Cette double formule forme une opération unique, un tout indivisible : *Quidquid tibi hodie per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habes-ne acceptum?* La stipulation *novandi causâ* n'a donc d'autre but que de préparer et de rendre possible une acceptilation subséquente.

La première formule est destinée à nover tous les droits réels et toutes les obligations compris dans le patrimoine, quel que soit leur objet. Comment expliquer qu'on puisse nover les droits réels eux-mêmes, qui ne peuvent, en principe, se prêter à une novation? L'explication en est simple : ce n'est pas ici le droit dans sa nature première et avec son objet propre qu'on nove, c'est l'action, c'est-à-dire le droit qui peut éventuellement être déduit en justice et se transformer, par l'effet de la *litis contestatio*, en une créance ayant pour objet une somme d'argent. Le droit n'est pas considéré comme actuellement déduit en justice, mais rien n'empêche de nover une dette future. L'objet de la stipulation est l'estimation du droit qui peut être déduit en justice et qui est indiquée par l'expression : *quanti ea res erit*, que l'on trouve dans les condamnations à une somme indéterminée.

La seconde formule est destinée à éteindre par une acceptilation immédiate l'unique créance verbale comprenant tous les droits du patrimoine.

La stipulation Aquilienne avait surtout pour utilité d'éteindre *ipso jure* des droits litigieux, à la suite d'un désistement ou d'une transaction. Elle offrait l'avantage de tarir d'une façon absolue les différentes sources de poursuites réelles ou personnelles entre les parties. Il est intéressant d'en faire l'application à une transaction relative à un droit réel : la transaction est une convention par laquelle les parties terminent une

Digitized by Google

contestation née ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions ou de sacrifices réciproques ; il n'est pas, d'ailleurs, nécessaire que les concessions des deux parties soient d'égale importance. Titius prétend avoir un droit réel sur un immeuble que détient Séius, et il veut le revendiquer ; une transaction intervient : Titius consent à abandonner son droit réel sur l'immeuble moyennant cent sexterces, et Séius s'engage à lui verser cette somme en retour de sa renonciation; mais cette simple convention n'a, par elle-même, aucun effet civil, elle n'éteint pas l'action de Titius et ne fait pas naître d'obligation à la charge de Séius. Alors intervient la stipulation aquilienne : Titius convertit son action en revendication en une créance verbale et consent aussitôt à Séius une acceptilation, accompagnée d'un pacte relatif à la somme promise par Séius en retour de l'abandon du droit. Titius, en faisant l'acceptilation, exécute la convention, accomplit un fait, *negotium*, qui rend obligatoire l'engagement de Séius. Il y a là un contrat innommé *facio ut des*, et Titius peut désormais exiger le paiement de la somme convenue par l'action *præscriptis verbis*.

**Du mutuel dissentiment** (*contrarius consensus*). — Ce mode d'extinction est spécial aux contrats consensuels : ces contrats, qui se forment par un accord de volontés, peuvent s'éteindre par un accord de volontés contraire. Les contractants sont libres de ne plus vouloir ce qu'ils ont voulu. Mais, pour que le *contrarius consensus* produise son effet extinctif *ipso jure*, il faut ou qu'il intervienne avant l'exécution du contrat, *rebus adhùc integris*, *re nondum secutâ*, ou que les choses soient remises dans l'état antérieur, *rebus in integrum restitutis*.

On admet, d'abord, que le mutuel dissentiment éteint de plein droit le contrat, si les choses sont encore entières, c'est-à-dire s'il intervient avant tout fait d'exécution. D'après Papinien, les choses ne sont plus entières, dès que l'une des obligations essentielles au contrat est exécutée en tout ou en partie, comme la livraison faite par le vendeur ou le paiement du prix effectué par l'acheteur. D'après Paul, les choses ne sont plus entières, dès qu'il a été fait un acte d'exécution quel-

Digitized by Google

conque, même relatif à un élément accidentel du contrat : tel serait le cas où le vendeur, pour exécuter une clause de la vente, aurait fourni un fidéjusseur. Il va sans dire que, dans tous les cas où le *contrarius consensus* ne peut opérer une extinction *ipso jure* par suite de l'exécution d'une obligation essentielle ou accidentelle au contrat, il vaudrait comme simple pacte et produirait une exception. On doit ajouter que le *contrarius consensus* ne peut produire son effet extinctif quand les choses cessent d'être entières avant toute exécution directe, par le seul fait que l'une des obligations a disparu, à la suite soit d'une novation, soit de la perte fortuite de l'une des choses dues. Car le principe de concordance entre le mode qui crée l'obligation et celui qui l'éteint exige que les deux obligations formées simultanément par le consentement soient dissoutes également l'une et l'autre par le consentement.

On admet, en second lieu, que le mutuel dissentiment produit son effet extinctif *ipso jure*, alors même que le contrat aurait été exécuté en tout ou en partie, à la condition que les choses puissent être remises dans leur premier état ; ainsi, dans la vente, si le vendeur rend le prix et l'acheteur restitue la chose, les parties se retrouveront dans la situation juridique où elles étaient avant le contrat, et pourront, dès lors, le dissoudre par un accord mutuel.

Il y a lieu de remarquer que le *contrarius consensus* appliqué aux simples pactes ne les éteint pas *ipso jure*. Soit un pacte *de non petendo*, puis un pacte contraire *de petendo :* le second paralyse seulement par une répl.que l'exception du premier. La raison en est que l'*exceptio pacti* était conçue *in factum :* le juge avait d'abord à rechercher si la première convention avait eu lieu, puis, dans le cas où l'exception du débiteur était justifiée, il avait à rechercher s'il était intervenu une convention inverse rendant au créancier le droit de poursuivre.

**De la perte de la chose due.** — Ce mode d'extinction est fondé sur l'impossibilité d'exécuter l'obligation par suite de la perte de l'objet dû. Il ne s'applique réellement qu'aux obligations de corps certains : *interitu rei certæ debitor liberatur*. On ne distingue pas, d'ailleurs, entre la perte physique ou juridi-

Digitized by Google

que : en effet, que la chose soit détruite matériellement par cas fortuit, ou qu'elle soit mise hors du commerce, par exemple, elle a été incorporée au domaine public à la suite d'une expropriation pour cause d'utilité publique, il y a toujours même impossibilité d'exécuter l'obligation. Si même la chose mise hors du commerce reprend son premier état, l'obligation ne revit pas, car c'est alors une chose nouvelle qui prend naissance. Il faut assimiler aux obligations ayant pour objet un corps certain et déterminé celles qui ont pour objet *unum de certis*, par exemple, un des trois chevaux qui se trouvent dans mon écurie. Quant aux obligations de faire, l'impossibilité d'exécution équivaut à la perte de la chose due : ainsi la maladie qui paralyse un peintre le libère de son obligation : *impossibilium nulla est obligatio*. Ce mode d'extinction ne s'appliquerait aux obligations portant sur un genre qu'en cas de disparition absolue du genre ; mais cette disparition serait tellement extraordinaire qu'on a pu dire d'une manière presque absolue : *genera non pereunt*. Ainsi le débiteur d'une somme d'argent ne serait pas libéré par l'incendie de tout ce qui lui appartient.

Quatre conditions sont nécessaires pour que la perte de l'objet dû libère de plein droit le débiteur : 1° il faut que la chose ait péri par cas fortuit ou de force majeure ; 2° il faut que le débiteur n'ait pas pris à sa charge les cas fortuits ; 3° il faut que le cas fortuit n'ait pas été occasionné par le fait ou la faute du débiteur ; 4° il faut que la perte fortuite arrive avant la mise en demeure du débiteur. Lorsque ces différentes conditions se trouvent réunies, la dette est éteinte *ipso jure* à l'égard de tous les intéressés ; le créancier, privé par la perte fortuite du bénéfice que devait lui procurer l'obligation, ne pourra plus ni exiger la livraison de la chose, puisqu'elle est impossible, ni réclamer des dommages-intérêts, puisque l'exécution pécuniaire ne doit remplacer l'exécution réelle qu'en cas de perte imputable au débiteur ou survenue après sa mise en demeure. Toutefois, le débiteur reste encore tenu envers le créancier de certaines obligations : il doit lui livrer ce qui reste de la chose, par exemple, le cuir de l'animal ou les dé-

Digitized by Google

bris de l'urne; il doit également lui livrer les accessoires de la chose, par exemple, les harnais du cheval vendu tout harnaché; en outre, il doit lui céder ses actions contre le voleur, la *rei vindicatio* et la *condictio furtiva*.

**De la confusion.**—La confusion est la réunion sur la même tête des deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur de la même obligation. Elle se produit ordinairement à la suite de la dévolution d'une hérédité, lorsque le créancier devient l'héritier de son débiteur ou réciproquement. La loi déclare le droit éteint, parce qu'il n'est plus susceptible d'être ramené à exécution. L'examen des divers cas de confusion fera ressortir le caractère de ce mode d'extinction :

1° Lorsqu'il n'existe qu'un créancier et qu'un débiteur, la confusion qui s'opère dans leur personne, par suite de la succession du créancier au débiteur ou réciproquement, tient lieu de paiement, libère *ipso jure* le débiteur principal et les débiteurs accessoires et éteint les sûretés réelles, gages ou hypothèques. L'extinction produite par la confusion n'étant que le résultat d'une impossibilité d'exécution, on doit en conclure que cette extinction n'a lieu que dans la mesure où elle rend la sanction du droit impossible. L'effet de la confusion est de libérer de l'obligation plutôt que d'éteindre l'obligation elle-même. La dette doit donc être considérée comme existante, en tant qu'on ne se heurte pas à l'obstacle matériel qui s'oppose à l'exercice du droit. Ainsi, lorsqu'il s'agit de procéder au calcul de la quarte Falcidie, les dettes de l'héritier envers la succession et, réciproquement, les dettes de la succession envers l'héritier rentrent dans le calcul de la quarte. La loi Falcidie, dans le but de déterminer l'héritier à accepter l'hérédité, avait décidé qu'il aurait toujours droit au quart net de l'hérédité.

2° Lorsqu'il y a plusieurs créanciers corréaux et que l'un d'eux succède au débiteur, ce créancier reste tenu de l'obligation envers les autres; mais, s'il y avait entre eux un lien de société, on déduira de sa dette la part qu'il aurait eu droit d'obtenir à titre d'associé.

3° Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs corréaux et que l'un

Digitized by Google

d'eux succède au créancier, ce débiteur pourra agir contre ses *correi* pour le tout; mais, s'il y avait entre eux société, on déduira de sa créance la part qu'il aurait dû définitivement supporter. Les débiteurs accessoires qui n'avaient garanti que le *correus* qui succède sont libérés en vertu du principe que la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions : le *correus*, en effet, ne peut les forcer à faire un paiement, qui leur donnerait immédiatement le droit de recourir contre lui pour se faire rembourser. Les débiteurs accessoires qui avaient garanti tous les *correi promittendi* demeurent liés; mais une exception de dol leur serait accordée, parce que l'héritier qui les actionne en qualité de créancier se trouverait, aussitôt après les poursuites, tenu, en qualité de débiteur, de leur rembourser ce qu'ils auraient payé.

4° Si le créancier succède à la caution ou la caution au créancier, le cautionnement est anéanti, car on ne peut pas être caution de soi-même, mais l'obligation principale subsiste, par ce motif qu'il n'y a aucune impossibilité à ce qu'elle soit exécutée.

5° Si le débiteur succède à la caution ou la caution au débiteur, le cautionnement est absorbé par l'obligation principale et disparaît, à moins qu'il ne soit plus efficace que la dette principale : ainsi, par exemple, si la fidéjussion garantit une dette naturelle, cette fidéjussion survit, à raison de son utilité, pour fortifier la dette imparfaite qui lui sert de base.

En principe, quand la confusion a eu lieu, ses effets sont irrévocables. Mais, si le titre héréditaire est révoqué, la confusion sera censée ne s'être jamais produite : la dette éteinte revivra avec tous ses accessoires, fidéjussion, privilège, gage, hypothèque, en vertu de la règle *cessante causâ, cessat effectus*. Il en est ainsi, notamment, lorsque l'héritier mineur de vingt-cinq ans, dans la personne duquel la confusion s'est produite, se fait restituer contre son acceptation d'une hérédité désavantageuse, ou lorsqu'un héritier testamentaire est expulsé de la succession par la plainte d'inofficiosité. La suppression de la qualité d'héritier fait revivre les droits actifs ou passifs qu'avait éteints l'adition.

Digitized by Google

**Du concours de deux causes lucratives.** — Toute créance à titre gratuit s'éteint, lorsque l'objet dû est acquis au créancier par l'effet d'une autre cause également gratuite : *duæ causæ lucrativæ in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non possunt.* Ainsi le créancier d'un même corps certain, en vertu de deux causes lucratives, qui reçoit l'objet dû de l'un des débiteurs, ne peut plus rien demander à l'autre débiteur. Mais s'il n'avait obtenu, par l'exécution de l'une des obligations, que la valeur de la chose promise, il pourrait encore demander la chose à l'autre obligé.

**De la mort.** — En principe, les droits et obligations ne s'éteignent ni par la mort du créancier ni par celle du débiteur, et sont transmissibles aux héritiers. Mais ce principe reçoit exception, soit en vertu de la convention des parties, soit en vertu de la nature du contrat, soit en vertu d'une disposition de la loi. Ainsi, les parties peuvent convenir que le bail s'éteindra si le preneur vient à mourir avant l'expiration du temps pour lequel il a été fait ; la créance qui a pour objet un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, s'éteint par la mort du créancier, comme s'éteindrait le droit réel lui-même, s'il était déjà constitué ; l'obligation de payer les arrérages d'une rente viagère constituée sur la tête du crédi-rentier s'éteint par la mort de celui-ci ; le louage d'ouvrage s'éteint par la mort de l'ouvrier ou entrepreneur, la société par la mort de l'un des associés, le mandat par la mort du mandant ou du mandataire; la créance de l'*adstipulator*, celle qui naît du délit d'injure et, dans certains cas, la créance de la femme relative à la restitution de sa dot, s'éteignaient par la mort du créancier ; l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor*, les obligations pénales s'éteignent par la mort du débiteur.

**De la capitis deminutio.** — L'effet extinctif de la *capitis deminutio* dérive de cette idée que la personne juridique primitive est éteinte. Les dettes contractuelles s'éteignaient *ipso jure* par l'effet de la *capitis deminutio* du débiteur ; mais cette extinction ne pouvait être invoquée par les coobligés. Le préteur corrigea le résultat fâcheux d'une pareille extinction, en donnant au créancier, dans le cas de *maxima* et de *media capitis*

Digitized by Google

*deminutio*, une action *in factum* contre tout détenteur des biens du *capite minutus*, et, dans le cas de *minima capitis deminutio*, une *restitutio in integrum*, qui en rescinde les effets dans les rapports du débiteur et de ses créanciers. Mais, par un intérêt d'ordre social et un sentiment d'équité, les dettes nées des délits et les obligations naturelles telles qu'une dette alimentaire ne sont jamais éteintes par la *capitis deminutio*. Les droits actifs subsistent, en principe, malgré la *capitis deminutio* du créancier, sauf ceux qui sont viagers ou attachés à la personne et que la mort elle-même éteindrait, notamment, l'usufruit, l'usage, la société, les *operæ* dues par les affranchis, la créance résultant d'une *adstipulatio*.

### II. — *Modes extinctifs prétoriens.*

**De la compensation. — Notions générales.** — La compensation est la balance établie entre créances et dettes réciproques : *crediti et debiti inter se contributio*. C'est la balance établie entre deux dettes qui s'éteignent réciproquement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. En d'autres termes, la créance la plus faible s'éteint complètement, et la créance la plus forte s'éteint jusqu'à concurrence de la plus faible. La compensation se justifie par un motif d'équité et par un motif d'utilité pratique : par un motif d'équité : il n'est pas juste qu'une personne puisse être tenue de payer le montant intégral de sa dette à une autre personne qui est en même temps sa débitrice ; par un motif d'utilité pratique : en effet, la compensation réunit deux paiements dans un seul paiement, évitant ainsi un double déplacement de numéraire avec les risques, les embarras et les frais qu'il entraîne ; elle épargne aux parties les frais et les ennuis d'une double instance ; en outre, si l'un des débiteurs était obligé de faire l'avance à l'autre, il courrait le risque de son insolvabilité pouvant résulter d'une mauvaise administration ou du concours des autres créanciers. Il vaut donc mieux compenser que d'avoir à répéter ce qu'on aurait payé de trop.

La compensation peut être volontaire ou judiciaire : volontaire, lorsque les parties la réalisent elles-mêmes au moyen

Digitized by Google

d'acceptilations ou de pactes de remise réciproques; judiciaire, lorsqu'elle est opérée par le juge dans une instance engagée par l'un des créanciers contre l'autre.

En droit français, la compensation s'opère de plein droit, en vertu des dispositions de la loi, dès que les deux dettes coexistent et remplissent les conditions requises. Les Romains n'ont jamais connu la compensation légale : la compensation ne fut jamais considérée par eux que comme une manière d'éviter ou de diminuer la condamnation ; elle n'éteignait les obligations que par voie d'exception.

**Ancien droit.** — La compensation n'existait pas, à l'origine, comme une règle générale. On ne l'admettait que dans les trois cas suivants :

1° *Compensatio de l'argentarius :* Le banquier, qui avait des comptes courants avec ses clients, à raison des avances qu'il leur faisait et des sommes que ceux-ci déposaient dans sa caisse, ne pouvait exiger en justice le paiement de ce qui lui était dû sans déduire le montant de ce qu'il devait lui-même. La loi exigeait que cette compensation fût l'œuvre spontanée du banquier lui-même, que sa profession mettait à même de balancer exactement le *doit* et l'*avoir* de sa caisse. Il ne pouvait réclamer dans l'*intentio* de la formule que le paiement de la différence, sous peine d'encourir la déchéance de son droit par suite de la *plus petitio*. Du reste, il n'était tenu de compenser entre elles que des dettes échues et de même objet, fussent-elles nées d'une source différente.

2° *Deductio de l'emptor bonorum :* L'*emptor bonorum* est celui qui achète en masse le patrimoine d'un débiteur insolvable. Or, l'*emptor bonorum*, qui agit contre un débiteur qui était en même temps créancier de l'exproprié, doit faire mentionner dans la *condemnatio* qu'il y a lieu à compensation, et ce sera au juge de faire la *deductio*. L'*emptor bonorum* n'est pas exposé à la *plus petitio*, puisque l'appréciation de la *deductio* est confiée au juge. La compensation était possible, dans ce cas, pour des dettes même non exigibles, d'objet différent ou de cause différente.

3° *Compensation dans les actions de bonne foi :* La compen-

Digitized by Google

sation était admise dans les actions de bonne foi, lorsque les deux créances étaient nées *ex pari causâ*, d'une source identique, c'est-à-dire du même contrat, étaient exigibles et, de plus, liquides, c'est-à-dire certaines dans leur existence et déterminées dans leur quotité. Mais les créances pouvaient avoir pour objet des choses différentes, puisque le juge les ramenait toujours à une somme d'argent, en vertu du principe de la condamnation pécuniaire. Ce pouvoir de compenser rentre dans les attributions du juge de l'action de bonne foi, qui a pour mission de statuer *ex æquo et bono* : il doit, par conséquent, examiner si le demandeur ne se trouve pas obligé envers le défendeur à raison du même fait juridique, *ex pari causâ*. On sait que les actions de bonne foi se rattachent aux contrats synallagmatiques ; c'est pour ce motif qu'on n'admettait la compensation qu'*ex pari causâ*, c'est-à-dire lorsque les deux dettes à compenser provenaient d'une source unique. Cette compensation fut même indispensable au temps où les contrats synallagmatiques ne produisaient pas d'action *contraria*.

**Rescrit de Marc-Aurèle.** — Ce prince, par un rescrit resté célèbre, admet que la compensation peut être opposée même quand l'action est de droit strict, à l'aide de l'exception de dol : cette exception de dol, qui doit être insérée dans la formule, est fondée sur l'obligation où se trouve le poursuivant d'opérer la compensation et de n'agir que pour le reliquat. L'identité de cause pour les deux créances n'est pas exigée, puisque les actions de droit strict supposent une obligation unilatérale ; la compensation peut donc avoir lieu *ex dispari causâ* : ainsi, ce que vous me devez à titre de prêt se compensera avec ce que je vous dois à titre de vente. Il est indifférent que l'objet des deux créances soit de nature différente, puisque le juge l'évalue toujours en argent. Il suffit que les deux dettes existent et soient exigibles.

Dès cette époque, la compensation devint possible même *ex dispari causâ*, c'est-à-dire les deux dettes fussent-elles nées d'une source différente, dans les actions de bonne foi : ici on n'avait pas besoin de faire insérer l'exception, puisqu'elle était toujours sous-entendue dans la formule des actions de bonne

Digitized by Google

foi; il entre naturellement dans l'office du juge d'examiner s'il y a dol de la part du demandeur, c'est-à-dire s'il réclame ce qu'il serait tenu de rendre en tout ou en partie.

Quel était l'effet de l'exception de dol opposée par le défendeur dans les actions de droit strict? Si la créance du défendeur est égale ou supérieure à celle du demandeur, le défendeur est absous; si sa créance est plus faible, il est condamné à payer une somme représentant l'excédent de sa dette sur sa créance. Sans doute, le résultat ordinaire d'une exception justifiée est d'amener l'absolution complète du défendeur, mais ce principe n'est pas absolu, et l'exception n'aboutit parfois qu'à diminuer la prétention du demandeur. L'absolution complète serait ici en contradiction avec l'idée même de la compensation. D'ailleurs, Théophile déclare formellement que si l'on actionne pour dix le débiteur à qui l'on doit soi-même cinq, le juge doit le condamner à cinq. Au surplus, Justinien nous dit que l'exception de dol, dans l'action de droit strict, doit avoir un effet identique à l'exception sous-entendue dans les actions de bonne foi, c'est-à-dire doit seulement diminuer la condamnation du défendeur.

Bien que la compensation ne soit opérée que par le juge, les intérêts des deux dettes cessent de courir à partir du jour où elles ont coexisté. Cet effet rétroactif est fondé sur un sentiment d'équité.

**Droit de Justinien.** — La procédure extraordinaire, admise au Bas-Empire, avait fait disparaître la formule et le principe d'après lequel toute condamnation était pécuniaire; les anciennes règles de la compensation ne pouvaient plus s'appliquer. Justinien en renouvelle la théorie dans une constitution dont on peut résumer ainsi les traits principaux:

1° La compensation, qui ne se produisait encore que dans les actions personnelles, devient possible dans les actions réelles; mais, comme la condamnation porte désormais sur l'objet même du droit, la compensation proprement dite ne peut s'opérer qu'entre des choses fongibles entre elles, c'est-à-dire fongibles l'une par rapport à l'autre : vous me devez de l'argent et je vous dois de l'argent, vous me devez du

Digitized by Google

vin et je vous dois du vin, vous me devez du blé et je vous dois du blé. Comment pourrait-on compenser, c'est-à-dire peser ensemble, pour les comparer, deux dettes dont l'objet est tout différent, par exemple, la dette d'une somme d'argent et celle d'une statue de bronze ? Lorsque les deux dettes ne sont pas fongibles entre elles, le juge examine la demande principale et la demande reconventionnelle pour statuer par un seul jugement sur les prétentions réciproques des parties.

2° Les deux créances peuvent provenir de deux sources distinctes, *ex dispari causâ*. Elles doivent être exigibles ; une dette à terme n'est donc pas susceptible d'entrer actuellement en compensation. Elles doivent être liquides, c'est-à-dire découlant d'un droit évident ou faciles à constater dans leur existence et leur étendue : Justinien n'a pas voulu que, dans le but le plus souvent de retarder l'issue du procès, le défendeur pût opposer des créances incertaines dans leur existence, comme une créance sous condition suspensive, ou dans leur étendue, comme une créance dépendant d'une estimation ou d'un règlement de comptes.

3° La compensation s'opère *ipso jure* : cette expression ne signifie pas que la compensation soit devenue légale et constitue, comme chez nous, par la seule force de la loi, un paiement fictif, à l'insu ou contre la volonté des parties ; Justinien, se reportant par la pensée à l'époque où l'exception devait être insérée dans la formule pour que le juge pût opérer la compensation, veut dire simplement que le juge tient compte, désormais, de la compensation pour absoudre le défendeur ou réduire sa condamnation, en vertu d'un pouvoir propre ; mais la libération qui en résulte s'opère toujours *per exceptionem*, conformément aux effets de la chose jugée. Du reste, la compensation, une fois admise, rétroagit au premier instant où les deux dettes ont coexisté, de telle sorte que les intérêts cessent de courir dès ce moment.

**Limites de la compensation.** — Nous avons vu que les dettes inexigibles ne pouvaient être compensées ; mais le délai de grâce accordé au débiteur ne fait pas obstacle à la compensation. Le terme de grâce est une faveur accordée par le juge au



Digitized by Google

débiteur qui, par suite de circonstances malheureuses, se trouve dans l'impossibilité de payer immédiatement ; son but est de donner au débiteur le temps de se procurer les ressources nécessaires pour payer. Or, ce but serait manqué, si le débiteur pouvait invoquer le délai de grâce pour échapper à la compensation, alors qu'il peut se libérer par cette voie facile.

Toute dette civile ou même naturelle est susceptible de venir en compensation. Par exception, ne sont pas compensables :

1° La créance en restitution d'une chose enlevée par spoliation : c'est une application de la règle *spoliatus ante omnia restituendus*. Je vous dois cent : ne pouvant obtenir votre paiement, vous vous faites justice vous-même, en me prenant de votre propre autorité cent. Si je forme contre vous une demande en restitution, vous ne pouvez pas m'opposer en compensation ma dette de cent. Vous devez commencer par me restituer ce que vous m'avez pris, sauf à faire valoir ensuite votre créance par les voies légales. L'exception n'apparait, du reste, que lorsque le possesseur de mauvaise foi qui a injustement dépouillé le propriétaire aura consommé la chose ou, si ce sont des espèces, les aura confondues avec les siennes : ce qui aura pour résultat de le rendre débiteur d'une quantité ; car, jusque là, il est débiteur d'un corps certain et la compensation est impossible d'après les règles du droit commun.

2° La créance en restitution d'une chose livrée à titre de dépôt irrégulier : il y a dépôt irrégulier, lorsqu'une personne confie à une autre, à titre de dépôt, une somme d'argent, en lui donnant le droit de s'en servir à la charge de rendre, à première réquisition, non pas les mêmes espèces, mais une somme égale. C'est le dépôt qui se fait ordinairement chez les banquiers. Le dépositaire est alors débiteur, non plus d'un corps certain, mais d'une quantité, et les règles du droit commun l'auraient autorisé à se libérer par la voie de la compensation. Mais une exception est apportée à ces règles, à raison du caractère sacré de la dette née du dépôt. Le dépositaire devra, avant tout, restituer, sauf à intenter une action pour faire valoir la créance qui lui est propre.

Digitized by Google

La dette née du commodat étant toujours une dette de corps certain, la compensation est impossible, suivant les règles du droit commun.

Il va sans dire que les créances réciproques, qui sont nées entre le déposant et le dépositaire, le commodant et le commodataire, à raison du contrat de dépôt ou de commodat, sont compensables, à la condition d'être liquides et exigibles.

On ne peut opposer en compensation de sa propre dette la créance d'autrui. Toutefois, le fidéjusseur est fondé à s'en prévaloir du chef du débiteur principal : la raison en est que la caution n'est tenue qu'à défaut du débiteur principal ; or, celui-ci n'a qu'à invoquer la compensation pour être libéré. Il est juste que la caution puisse également user de cette voie de libération. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation du chef de la caution : la raison en est que la dette de la caution n'est pas exigible avant la discussion du débiteur principal. Un débiteur corréal peut invoquer la compensation du chef de son codébiteur, lorsqu'ils sont unis par un lien de société. En dehors du cas de société, il ne peut s'en prévaloir ; la loi a pensé que le codébiteur, dans la personne duquel la compensation s'est produite, se trouverait indirectement forcé, si la compensation pouvait être opposée, dans ce cas, par son codébiteur, de faire l'avance de tout ou partie de la dette corréale.

**Du pacte de non petendo.** — Le *pactum de non petendo* est une convention par laquelle le créancier accorde au débiteur remise de sa dette ou un terme pour payer ; dans ce dernier cas, on l'appelle *pactum de non petendo* ou *ne petatur intra tempus*. L'exception tirée du pacte *de non petendo* est perpétuelle ou temporaire, suivant que le créancier a renoncé pour toujours à sa poursuite ou seulement donné un délai à son débiteur. Le pacte de remise tend au même résultat que l'acceptilation, mais il a moins d'énergie dans sa portée extinctive ; en revanche, il n'exige aucune forme solennelle et limite au gré des parties son effet extinctif. Il est intéressant de préciser son caractère et ses effets :

1° Le pacte de remise n'exige aucune forme : il est donc

Digitized by Google

applicable à toute sorte d'obligations et comporte toute espèce de modalités licites. Il est possible entre absents, sourds ou muets. Les représentants quelconques, tuteur, curateur, mandataire, y procèdent valablement dans les limites de leurs pouvoirs. Il peut même résulter d'un accord tacite de volontés : ainsi l'abandon volontaire fait par le créancier au débiteur de l'écrit qui constate la dette est considéré comme un pacte tacite *de non petendo*. Quand le créancier se dessaisit ainsi de l'écrit qui constitue le moyen de prouver sa créance, c'est qu'apparemment il renonce au droit de se faire payer. Mais il en serait autrement, si le créancier avait remis l'écrit en dépôt ou par erreur avec d'autres titres, ou si le débiteur se l'était approprié frauduleusement. La remise volontaire faite par le créancier au débiteur de la chose livrée en gage ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette. Car la renonciation à une garantie attachée à la créance n'entraine point renonciation à la créance elle-même.

2° Le pacte de remise n'opère que par voie d'exception : la dette est donc plutôt paralysée qu'éteinte, et un pacte inverse, *pactum de petendo*, lui rendra son efficacité, en neutralisant l'*exceptio pacti* par la *replicatio pacti*. Exceptionnellement, le pacte *de non petendo* éteint *ipso jure* les obligations naturelles et les obligations délictuelles naissant du vol ou de l'injure.

3° Le pacte *de non petendo* peut être absolu ou relatif dans ses effets, suivant qu'il est conçu sans désignation ou avec désignation des personnes que le créancier veut libérer. On dit, dans le premier cas, qu'il est conçu impersonnellement ou *in rem* : *non petam*, et, dans le second, *in personam* : *non petam à Titio*. La volonté des parties est la loi souveraine du pacte.

Le pacte *in rem* consenti à l'un de plusieurs débiteurs est invocable par tous les obligés dans les limites de l'intérêt personnel du codébiteur qui l'a obtenu. Ainsi la remise consentie au débiteur principal profite au débiteur accessoire, car, si la caution n'était pas déchargée, elle pourrait, après avoir désintéressé le créancier, exercer un recours contre le débiteur principal, ce qui ferait perdre à celui-ci le bénéfice de la remise ; de même, la remise faite à l'un des débiteurs cor-

Digitized by Google

réaux ne profite aux autres que s'ils sont liés par un contrat de société; car, le lien social permet aux débiteurs corréaux d'exercer une action récursoire pour sa part contre le codébiteur qui a figuré dans le pacte; en l'absence du lien social, ils n'ont aucun recours.

Le pacte *in rem* consenti par l'un de plusieurs créanciers ne donne pas l'*exceptio pacti* contre les autres ; mais, s'il y a entre eux un lien de société, le débiteur fera valoir son exception pour la part de l'auteur du pacte dans le montant de la créance.

Le pacte *in personam* consenti à l'un de plusieurs débiteurs ne profite point aux autres ; le pacte *in personam* consenti par l'un de plusieurs créanciers ne donne jamais lieu à l'*exceptio pacti* contre les autres.

Le pacte consenti par le stipulant principal est opposable à l'*adstipulator;* mais le pacte émané de l'*adstipulator* n'est pas opposable au stipulant principal.

Le pacte consenti à la caution ne libère pas le débiteur principal, car la renonciation au cautionnement, accessoire de la créance, n'implique pas renonciation à la créance elle-même.

La remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. Mais elle leur profite, en ce sens que les fidéjusseurs pourront, en invoquant le bénéfice de division, se soustraire à l'obligation de payer la part du fidéjusseur déchargé.

Il va sans dire que le pacte qui paralyse l'obligation personnelle de l'un des débiteurs paralyse également les hypothèques établies par lui ou par des tiers pour lui en garantie de sa dette.

**Du pacte de constitut.** — Le pacte de constitut, par lequel on prend jour pour acquitter sa dette ou la dette d'autrui, peut jouer le rôle de la novation en éteignant une dette préexistante par la création d'une nouvelle dette substituée à l'ancienne.

**Du pacte de serment.** — Le serment extrajudiciaire peut éteindre une obligation ; il y a des cas où il équivaut au paiement. C'est ainsi que, prêté par un *correus promittendi* ou déféré par un *correus stipulandi*, il profite ou nuit aux autres. De même, prêté par le débiteur principal, il libère le fidéjus-

Digitized by Google

seur; prêté par le fidéjusseur, non sur l'existence de la fidéjussion, mais sur l'existence ou la validité de l'obligation, il libère le débiteur principal.

**Du laps de temps.** — Le terme extinctif est conventionnel ou légal.

Le terme conventionnel et la condition résolutoires ne produisent aucun effet extinctif d'après le droit civil; mais le préteur paralyse, après l'arrivée de la modalité, l'action du créancier par l'*exceptio pacti* ou *doli*.

Le terme libératoire légal est admis, à l'origine, dans certains cas exceptionnels : ainsi la *sponsio* et la *fidepromissio* s'éteignaient au bout de deux ans, l'action d'injure après l'expiration d'une année. La *litis contestatio* empêchait tout droit déduit en justice de s'éteindre par le laps de temps qui l'aurait antérieurement fait disparaître : *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.*

Le préteur avait décidé que les créances sanctionnées par le droit honoraire seraient éteintes par le délai d'un an, la durée de l'édit, à moins qu'elles ne fussent destinées à remplacer une obligation civile : ainsi l'obligation née du vol manifeste, pour la sanction de laquelle le préteur avait substitué au châtiment corporel une peine pécuniaire du quadruple, est cependant perpétuelle, parce qu'elle remplace une obligation antérieurement sanctionnée par le droit civil.

A l'époque du Bas-Empire, Théodose décide que le débiteur peut repousser l'action du créancier, lorsqu'il s'est écoulé trente ans depuis l'échéance de l'obligation: c'est la *præscriptio longissimi temporis*. Elle n'opère pas *ipso jure*, le défendeur doit l'opposer. Son effet est libératoire; mais, dans le cas où l'action était personnelle, il subsiste une obligation naturelle. L'inaction et la négligence du créancier pendant un si long délai justifient suffisamment la libération du débiteur. Il se peut, d'ailleurs, que la prescription supplée au titre perdu, en permettant au débiteur de se soustraire à l'injuste réclamation d'un créancier déjà payé.

Digitized by Google

## Section IX. — Théorie des obligations naturelles.

**Notions générales.** — L'obligation naturelle est une obligation qui tient le milieu entre l'obligation civile et le devoir moral. Elle n'est pas pourvue d'une action par le droit positif, mais elle est productive de quelques effets juridiques. Le devoir de conscience n'est pas une dette juridique, et son accomplissement constitue le plus souvent une libéralité : ainsi le riche qui fait l'aumône fait une donation. L'obligation naturelle, au contraire, est une dette juridique imparfaite, dont l'exécution constitue un paiement non sujet à répétition. L'obligation naturelle se distingue du devoir moral par les trois éléments essentiels à toute obligation : un créancier, un débiteur, un objet dû. On peut donc la définir : une obligation reconnue par la loi et susceptible de produire quelques effets juridiques, mais dépourvue de la sanction suprême, le droit de poursuite.

On peut se demander pourquoi le législateur, qui doit s'attacher à formuler exactement dans son œuvre les prescriptions du droit naturel, a laissé ainsi subsister, en face des obligations civiles, des obligations naturelles, sans les sanctionner par une action. Une législation positive doit, il est vrai, s'efforcer d'imiter le plus fidèlement le droit naturel; mais il faut tenir compte de l'imperfection humaine : le législateur peut se trouver en face d'obstacles d'ordre juridique ou social, qui l'empêchent de sanctionner certaines obligations. Tel est le cas de la chose jugée : le juge a décidé, par exemple, en dernier ressort, que vous n'étiez pas mon débiteur, mais, en réalité, vous l'êtes et vous en convenez vous-même. La *res judicata* étant réputée juridiquement l'expression de la vérité, le législateur ne peut pas vous permettre de la combattre; ce serait contraire aux principes du droit et d'ordre social. Tout ce qu'il peut faire, c'est de laisser subsister à votre charge une obligation naturelle; l'équité en sera le fondement : vous serez désormais lié par un *vinculum æquitatis*, suivant l'expression de Papinien.

De même, pour le cas de prescription : si le créancier est

Digitized by Google

privé de son droit d'action. c'est par mesure d'ordre et de sécurité. Il ne pourra subsister à la charge du débiteur qui n'a pas payé qu'une obligation naturelle.

Tel est encore le cas de l'obligation naturelle, qui dérive pour le pupille du contrat qu'il a fait *sine auctoritate tutoris*. Il est justifiable que l'engagement du pupille soit inefficace en droit ; car le législateur a préféré admettre l'inefficacité comme règle que d'obliger le juge à rechercher, pour chaque cas particulier, si le pupille avait ou non compris la portée de son engagement.

C'est donc à raison de l'incertitude ou de l'impuissance même des moyens d'investigation que le législateur a été amené à tempérer en fait par une obligation naturelle les conséquences de l'inefficacité civile de l'engagement du pupille.

Au surplus, certaines obligations naturelles proviennent d'une réaction éclairée contre de vieux principes formalistes et rigoureux : ainsi le droit civil a prescrit des formes ou solennités pour la validité de certains actes ; en dehors de ces formes, il ne saurait y avoir d'obligation civile, mais il peut y avoir une obligation naturelle : telle est l'obligation naturelle qui naît d'un pacte nu ou de la promesse d'un pérégrin avec la formule de la *sponsio*.

En outre, le droit civil, à raison de l'unité de personnalité dans la puissance paternelle, exclut tout caractère obligatoire des dettes contractées entre personnes unies par un lien de puissance ; mais on a réagi contre cette règle rigoureuse et artificielle en reconnaissant dans ce cas une obligation naturelle.

Enfin, il est certaines obligations que le législateur a omis de sanctionner par oubli ou qu'il n'a pu sanctionner, à cause de leur trop grande affinité avec les devoirs de conscience : telle est la dette naturelle de service de l'affranchi envers son patron ; telle est encore l'obligation naturelle dont serait tenue une personne riche qui aurait promis par simple lettre de secourir son bienfaiteur tombé dans la misère : n'y a-t-il pas ici *debitum naturale pietatis causâ ?* D'ailleurs, cette personne se considère comme obligée ; pourquoi, dès lors, ne pas sanc-

Digitized by Google

tionner une obligation dont elle reconnaît elle-même l'existence ?

A mesure que le droit se perfectionne, le nombre des obligations naturelles diminue ; car les diverses législations qui se succèdent sont arrivées, à la suite du temps, à formuler beaucoup de prescriptions qui étaient antérieurement simplement naturelles. Ainsi le droit français attache aujourd'hui une force obligatoire au pacte nu, qui ne produisait, en droit romain, qu'une obligation naturelle.

**Sources des obligations naturelles.** — Il y a deux grandes classes d'obligations naturelles : les obligations naturelles par transformation et les obligations naturelles de naissance. Les obligations naturelles par transformation sont des obligations civiles déchues ; civiles dès leur naissance, elles ont perdu ensuite leur force originaire et dégénéré en obligations du droit naturel. Les obligations naturelles de naissance sont imparfaites dès leur origine.

*Obligations naturelles par transformation.* — On peut citer notamment :

1° Celle dont reste tenu le mineur de vingt-cinq ans après la rescision de son obligation civile par la *restitutio in integrum ob ætatem* ;

2° Celle dont reste tenu, pour l'acquittement du surplus de son obligation, le débiteur qui s'est prévalu du bénéfice de compétence, c'est-à-dire de la faveur de n'être condamné que dans les limites de ses ressources ;

3° Celle qui survit à l'obligation civile éteinte par l'effet de la *litis contestatio*. D'ailleurs, cette obligation naturelle ne peut avoir d'effet pratique que dans le cas de péremption d'instance ;

4° Celle qui, ayant survécu à l'obligation civile éteinte par la *litis contestatio*, se maintient et persiste, en cas de sentence d'absolution résultant d'un vice de procédure. Tant que l'instance est pendante, l'obligation qui subsiste après la *litis contestatio* est subordonnée au résultat du procès. Si le débiteur est condamné, l'obligation civile qui résulte de la condamnation se substitue à l'obligation naturelle qui subsiste après la



Digitized by Google

*litis contestatio ;* s'il est absous, par suite d'un vice de procédure, *plus petitio*, exceptions *procuratoria*, *rei residuæ*, *litis dividuæ*, cette absolution maintient l'obligation naturelle qui existait déjà ;

5° Celle qui, ayant survécu à l'obligation civile éteinte par la *litis contestatio*, se maintient et persiste, en cas d'absolution du débiteur résultant d'une erreur du juge relative à l'existence de la dette. Le maintien de cette obligation naturelle semble contredire la chose jugée ; mais. en réalité, satisfaction a été donnée au débiteur, puisque son adversaire ne pourra désormais remettre en cause l'existence civile de la dette. Si donc ici le créancier doit s'en tenir à la chose jugée, il n'en est pas de même du débiteur, à qui seul elle profite : s'il reconnaît lui-même sa dette, pourquoi refuser de mettre à sa charge une obligation naturelle ?

6° Celle qui se substitue à l'obligation prescrite : cette obligation naturelle sert de fondement à la survivance de l'action hypothécaire après l'extinction de l'action personnelle par la prescription trentenaire. Dans le for intérieur, le seul laps de temps ne saurait être un moyen de libération. Après l'extinction de la dette par la prescription, on a pu dire qu'il ne reste plus au débiteur qu'un compte à régler avec sa conscience ; or, c'est ce compte à régler dans le for intérieur qui constitue l'obligation naturelle.

*Obligations naturelles de naissance.* – Naissent naturelles :

1° Certaines obligations morales ou devoirs de reconnaissance, que la loi n'a pas voulu consacrer expressément, mais qu'elle sanctionne dans une certaine mesure : tel est le cas de l'affranchi qui fournit des *operæ* à son patron sans y être civilement tenu ; il ne pourra en répéter la valeur, parce qu'il est obligé naturellement de les fournir ;

2° Celles qui résultent des contrats des personnes unies entre elles par un lien de puissance, *potestas dominica, patria, manus, mancipium* : tant que dure l'obstacle de droit qui les a empêchées de naître civiles, ces obligations naturelles ne produisent des effets que dans les actions *tributoria* et *de peculio* ; mais, après l'affranchissement ou l'émancipation, elles produisent

Digitized by Google

tous leurs effets pratiques. D'ailleurs, rien n'empêche, pendant la durée du lien de puissance, de garantir ces obligations naturelles par des sûretés personnelles ou réelles, quand le chef de famille joue le rôle de créancier ; il en est autrement, quand il y figure à titre de débiteur. Les délits entre personnes unies par le lien de puissance ne font naître ni obligation civile, ni obligation naturelle ;

3° Celles qui résultent de l'incapacité civile de s'obliger. Il va sans dire que les engagements des *infantes* ou des fous, physiquement incapables de s'obliger, à raison de l'absence de volonté, ne produisent jamais d'obligation naturelle. L'esclave s'oblige naturellement par ses contrats avec les *extranei*: son obligation comporte, dès sa naissance, une fidéjussion, mais n'est efficace, dans les rapports de l'esclave et du créancier, qu'après l'affranchissement. Le fils de famille qui, en principe, s'oblige civilement par ses contrats avec les tiers, n'est tenu que d'une obligation naturelle, quand il emprunte de l'argent, malgré la défense du sénatus-consulte Macédonien. Les personnes qui interviennent pour lui ne sont également tenues que d'une obligation naturelle. Le pupille sorti de l'*infantia*, qui a rendu sa condition pire *sine auctoritate tutoris*, est tenu civilement, s'il s'est enrichi, jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré de l'acte, et naturellement, s'il n'en a retiré aucun profit. Cette obligation naturelle ne lui sera opposable qu'à l'occasion d'un fait d'exécution postérieur à sa puberté. La femme pubère en tutelle, qui s'engage *sine auctoritate tutoris,* n'est tenue que d'une obligation naturelle. La perpétuité de la tutelle, à l'origine, rendait cette obligation sans effet. Quant à la femme engagée contrairement au sénatus-consulte Velléien, elle n'est tenue d'aucune obligation naturelle. Le mineur de vingt-cinq ans en curatelle et le prodigue interdit, qui ont rendu leur condition pire *sine consensu curatoris*, sont tenus civilement dans les limites de leur enrichissement ; s'ils ne se sont pas enrichis, ils ne sont tenus que naturellement.

4° Celles qui résultent de l'inobservation des formes civiles. Ainsi il naît une obligation naturelle du pacte nu, toute la va-

Digitized by Google

leur des pactes étant dans l'équité, de la promesse *post mortem*, de la stipulation ou promesse faites par un pérégrin dans la forme *spondes*, *spondeo*.

Observons, en terminant cet aperçu sur les obligations qui naissent naturelles, que la dette de jeu ne constitue pas une obligation naturelle. Les Romains admettent la répétition, par le motif que la dette de jeu a une cause illicite.

**Effets des obligations naturelles.** — Voici les effets les plus importants des obligations naturelles :

1° Le principal effet des obligations naturelles, c'est de pouvoir servir de base à un paiement. Le paiement fait en exécution d'une obligation naturelle n'est pas un paiement sans cause et ne peut donner lieu, par suite, à la *condictio indebiti*, qui n'est qu'un cas particulier de la *condictio sine causâ*. Mais, pour que ce paiement ne puisse pas donner lieu à répétition, il faut qu'il ait été fait volontairement, *animo solvendi* et non *donandi*, c'est-à-dire librement, spontanément, et en connaissance de cause; en d'autres termes, il faut que le débiteur ait payé, sachant qu'il n'y était pas civilement tenu. Si donc il s'est mépris sur la nature de son obligation, s'il a payé croyant être tenu d'une dette civilement efficace, il pourra exercer l'action en répétition. Le paiement d'une obligation naturelle est une renonciation de fait aux exceptions qui paralysent l'action du créancier ; il faut donc que cette renonciation soit libre et provoquée non par une erreur, mais par une juste détermination de conscience.

De la règle que ce qui a été payé volontairement ne peut être répété, il résulte que le paiement partiel d'une obligation naturelle n'autoriserait pas celui qui l'a reçu à exercer une action pour contraindre le débiteur à payer le surplus de cette obligation.

2° L'obligation naturelle peut être garantie par un fidéjusseur, un gage, une hypothèque ; c'est logique, puisque ces sûretés ont pour objet d'assurer le paiement possible.

3° L'obligation naturelle peut servir de base à une *adstipulatio* : l'action refusée au créancier principal est alors accordée à l'*adstipulator*.

Digitized by Google

4° L'obligation naturelle peut servir de base à une novation ; elle suffit même, pourvu qu'elle résulte d'une stipulation, à nover une obligation civile.

5° L'obligation naturelle peut faire l'objet d'une cession; son exécution demeurera subordonnée au bon vouloir du débiteur.

6° L'obligation naturelle peut engendrer, dans certains cas, au profit du créancier, le droit de rétention : c'est ainsi que le chef de famille a le droit de se prévaloir de l'obligation naturelle par voie de rétention dans l'action *de peculio*.

7° Le créancier naturel peut opposer la compensation, à l'aide de l'*exceptio doli*, à son débiteur naturel qui le poursuit en vertu d'une nouvelle obligation civile. Il n'en est pas de même en droit français : la compensation est aujourd'hui un paiement fictif et forcé ; or, du moment qu'on ne peut poursuivre *de plano* l'exécution d'une obligation naturelle et que cette exécution, pour être valable, doit être volontaire, l'obligation naturelle ne saurait être opposée en compensation.

Parmi tous ces effets, le seul qui soit commun et nécessaire est la possibilité du paiement ; tous les autres n'ont rien de fixe et varient avec les espèces. Les jurisconsultes ont négligé de faire sur ce point une théorie d'ensemble, et leurs décisions sont éparses dans les textes du Digeste.

Digitized by Google

## CHAPITRE II.

### THÉORIE SPÉCIALE DES OBLIGATIONS. — SOURCES PARTICULIÈRES QUI LES FONT NAITRE.

### Section I. — Contrats verbis spéciaux.

Les contrats *verbis* autres que la stipulation ne s'appliquent qu'à des hypothèses spéciales : ce sont la *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti*.

**Dictio dotis.** — La *dictio dotis* est un mode solennel de constitution de la dot : elle n'est accessible qu'à la femme *sui juris*, au débiteur de la femme délégué par elle et au *pater familiâs* de la femme *alieni juris*. Elle consiste dans une déclaration au mari ainsi conçue : *fundus ille tibi doti erit ; decem talenta tibi doti erunt ;* il n'y a ni interrogation ni réponse. L'*adpromissio* et l'acceptilation sont applicables à la *dictio dotis*, et la *condictio certi* ou *incerti*, suivant les cas, sanctionne ce contrat *verbis*. Ce mode de constitution tomba en désuétude le jour où le pacte de dot fut déclaré obligatoire.

**Jurata promissio liberti.** — Le maître qui voulait, en affranchissant son esclave, se réserver le droit de lui demander certains services, *operæ*, lui faisait prêter serment de les fournir ; une fois la conscience de l'esclave engagée, le maître opérait la manumission; puis, par un nouveau serment, que l'affranchi n'aura pas l'indélicatesse de refuser à raison du lien religieux qu'il a déjà contracté, la dette morale est transformée en une dette civile. Ainsi, le premier serment, dépourvu en lui-même de sanction juridique par le motif que l'esclave ne peut s'obliger civilement par ses contrats, servait de cause au second, qui formait le contrat et produisait une *condictio certi* ou *incerti*, suivant les cas. La *jurata promissio liberti* n'exige ni question préalable ni réponse ultérieure ; elle

Digitized by Google

ne se rattache au contrat *verbis* que par la formule orale du serment ; elle n'exigeait pas des paroles solennelles. L'*adpromissio* et l'acceptilation lui étaient applicables. Elle ne tarda pas à être remplacée, dans la pratique, par la stipulation.

## Section II. — Contrats réels.

Le contrat réel est celui qui exige, pour sa formation, la tradition ou remise d'une chose corporelle, *qui re perficitur*, avec le consentement des parties. Cette livraison matérielle de la chose est nécessaire pour produire l'obligation de restituer, car on ne peut être tenu de restituer qu'autant qu'on a reçu. Cette règle existe dans toutes les législations. Ainsi, en droit français, où la simple convention de faire un prêt oblige le promettant à l'exécuter, il ne peut y avoir contrat de prêt que lorsqu'en exécution de la promesse les fonds auront été versés, et c'est seulement à dater de ce moment que l'emprunteur sera obligé.

Il y a quatre contrats réels : le *mutuum* ou prêt de consommation, le commodat ou prêt à usage, le dépôt et le gage. Le *mutuum* est unilatéral, de droit strict, exige une tradition translative de propriété et rend l'emprunteur débiteur d'une quantité ; le commodat, le dépôt et le gage sont synallagmatiques imparfaits, de bonne foi et rendent l'*accipiens* débiteur d'un corps certain ; dans le commodat et le dépôt, la tradition transfère simplement la détention ; dans le gage, elle transfère la possession.

### I. — *Mutuum.*

Le *mutuum* ou prêt de consommation est un contrat réel, unilatéral et de droit strict, par lequel le prêteur transfère la propriété d'une certaine quantité de choses fongibles à l'emprunteur, à la charge par celui-ci de restituer des choses de la même espèce, en même quantité et de la même qualité.

**Eléments constitutifs du mutuum.** — La formation de ce contrat requiert trois éléments : 1° Une translation de propriété du prêteur à l'emprunteur ; 2° La capacité de s'obliger chez l'emprunteur ; 3° La fongibilité des choses prêtées.

Digitized by Google

*Translation de propriété du prêteur à l'emprunteur.* — Le *mutuum* suppose une *datio*, qui se réalise par les modes d'acquérir du droit commun; tant qu'il n'y a pas eu tradition translative de propriété, le contrat n'existe pas, car l'obligation de restituer ne peut prendre naissance pour l'emprunteur que lorsqu'il a reçu. Le *tradens* devra donc faire preuve de la *mutui datio*, quand il poursuivra son remboursement par la *condictio*. Or, pour échapper à la difficulté de prouver la translation de propriété, le prêteur stipulait le plus souvent la valeur prêtée: *promettez-vous-cent ?* Le versement ou la remise ne faisait, dès lors, que servir de cause à la promesse de l'emprunteur; il n'y a pas un *mutuum* nové par la stipulation; il n'y a, dès l'origine, qu'un seul contrat formé *verbis*, qui oblige l'emprunteur à restituer et dispense le prêteur de prouver la translation de propriété, mais non la numération des espèces, dont la preuve peut lui être imposée, si le débiteur oppose l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Pour que le prêteur puisse transférer la propriété, il faut qu'il soit lui-même propriétaire de la chose prêtée et capable de l'aliéner.

Si le *tradens* n'est pas propriétaire ni fondé de pouvoirs du propriétaire, le *mutuum* est nul, parce qu'on ne peut transférer une propriété qu'on n'a pas, et ne produit aucune action contractuelle. Le vrai propriétaire pourra donc revendiquer sa chose tant qu'elle existe; si la chose a été consommée de mauvaise foi, c'est-à-dire en connaissance du droit de celui à qui elle appartient, il pourra agir contre l'emprunteur par l'action *ad exhibendum*, qui lui permettra de fixer lui-même sur serment le chiffre de la condamnation; si elle a été consommée de bonne foi ou usucapée par l'emprunteur, le propriétaire n'a plus, en principe, aucune action, mais le prêteur a la *conditio sine causâ* résultant, non du *mutuum*, qui n'existe pas, mais de la règle que *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui*; le propriétaire pourra également, en vertu de cette dernière règle, exiger du *tradens* la cession de cette *condictio* ou réclamer ce que son exercice lui aura procuré.

Si le prêteur est incapable d'aliéner, le *mutuum* est nul.

Digitized by Google

Ainsi est inefficace le prêt fait par un pupille sans l'*auctoritas* du tuteur : l'incapable aura à son service, soit la revendication, si la chose prêtée existe encore en nature, soit l'action *ad exhibendum*, si la chose a été consommée de mauvaise foi, soit la *condictio sine causâ*, si la consommation a eu lieu de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de l'incapacité du *tradens*.

En principe, la *mutui datio* doit être l'œuvre du prêteur lui-même ou de son représentant ; autrement dit, le transfert de propriété doit s'opérer du patrimoine du prêteur dans celui de l'emprunteur, en vertu de la règle qu'on ne peut acquérir une créance à un tiers. Les anciens jurisconsultes, parmi lesquels Africain, s'en tenant à la rigueur des principes, n'admettaient pas qu'une personne pût devenir créancière *ex mutuo*, lorsque les deniers remis à l'emprunteur ne sortaient pas directement de son patrimoine : ainsi, je vous remets un objet pour le vendre et garder le prix à titre de prêt ; je vous fais remettre par mon débiteur une somme qui m'est due, en vous autorisant à la garder à titre de prêt ; vous me devez une somme en qualité de mandataire, et nous convenons que vous la retiendrez en qualité d'emprunteur ; je déclare vous prêter de l'argent que je vous ai confié en dépôt. Dans tous ces cas, il n'y a aucune translation de propriété du prêteur à l'emprunteur. Ulpien, pour élargir le principe rigoureux de la doctrine ancienne, fit intervenir l'idée de la tradition *brevi manu*, qui supposait que les deniers avaient passé dans les mains du prêteur qui les avait remis lui-même à l'emprunteur. Cette idée de la tradition *brevi manu* épargnait une double numération d'espèces ; ainsi, pour la conversion du dépôt en *mutuum*, on évitait une restitution au déposant, puis le transfert subséquent des deniers au dépositaire à titre d'emprunt ; l'intention de transférer la propriété venait se joindre à la remise matérielle déjà faite. Plus tard, on alla plus loin encore, en admettant que toute *datio* d'une somme d'argent faite au nom d'un tiers le rendait créancier *ex mutuo* et lui faisait acquérir l'action du contrat : c'était une importante dérogation au principe de la non-représentation.

Digitized by Google

*Capacité de s'obliger chez l'emprunteur.* — L'emprunteur doit avoir la capacité de s'obliger. Les personnes qui ne peuvent pas rendre seules leur condition pire sont donc incapables d'emprunter ; la tradition a bien transféré la propriété à l'incapable, mais l'emprunt est nul ; aucune poursuite ne peut atteindre l'*accipiens* comme emprunteur ; il n'est tenu à l'égard du prêteur que dans la mesure de son enrichissement, *quatenus locupletior factus est.*

Dans le cas de *mutuum* d'argent, le sénatus-consulte Macédonien, rendu sous Vespasien, édicta une incapacité spéciale pour les fils de famille. Ce sénatus-consulte, qui emprunte son nom à un usurier du nom de *Macedo* ou à un fils de famille qui aurait attenté à la vie de son père pour se procurer le moyen de payer ses dettes avec la succession paternelle, est inspiré par le double désir de mettre un frein aux spéculations des usuriers et de protéger le père de famille. Il prohibe les prêts d'argent faits aux fils de famille ; on étendait son application à toute opération juridique qui dissimulait un prêt d'argent. La nullité résultant du prêt était invoquée à l'aide de l'*exceptio senatûsconsulti Macedoniani* : l'exception peut être opposée non seulement à l'action naissant du prêt, mais encore à l'action *judicati*, dans le cas où une condamnation aurait été prononcée. Peuvent invoquer la nullité le fils emprunteur, le père, les fidéjusseurs, et même les héritiers de ces différentes personnes, car l'exception est perpétuelle et survit à la dissolution de la puissance paternelle. L'*exceptio senatûsconsulti Macedoniani* laisse subsister une obligation naturelle à la charge du fils et de ses fidéjusseurs. Il y a certains cas où le sénatus-consulte cesse de s'appliquer au profit du père et du fils de famille, qui vont se trouver obligés ; on peut citer les suivants : 1° le père autorise ou ratifie le *mutuum* ; 2° il en profite ; 3° le fils a emprunté à un mineur de vingt-cinq ans, que l'on veut protéger à raison de son âge. Il y a des cas où le fils seul sera obligé : c'est lorsqu'il a trompé le créancier en se faisant passer pour *sui juris* ou lorsqu'il est propriétaire d'un pécule *castrense* ou *quasi-castrense.*

*Fongibilité des choses prêtées.* — Le prêt de consomma-

Digitized by Google

tion doit avoir pour objet des choses fongibles, c'est-à-dire des choses que les parties considèrent, non dans leur individualité, mais dans leur espèce, et qui puissent être remplacées par une égale quantité de choses de même nature et de même qualité. Dans l'intention des parties, les choses restituées tiennent lieu des choses livrées ; en d'autres termes les choses prêtées et les choses rendues doivent pouvoir se remplacer les unes par les autres, *quarum una alterius vice fungitur*. Le moyen de réaliser cette équivalence, c'est de compter, peser ou mesurer les choses *in genere*, et c'est en ce sens que les textes nous disent que le *mutuum* a pour objet les choses *quæ numero pondere mensurâ ve constant*. Sont fongibles d'abord la monnaie, les denrées alimentaires, l'huile, le vin, et généralement tous les produits naturels ou industriels qui se consomment par le premier usage ; sont également fongibles les produits susceptibles de résister plus ou moins à l'usage, mais faciles à remplacer, comme les livres, les étoffes et même les animaux. Il faut remarquer que la fongibilité dépend surtout de l'intention des parties; et, à cet égard, les choses fongibles ne doivent pas être confondues avec les choses consomptibles : en effet, tout ce qui se consomme par le premier usage n'est pas nécessairement fongible : ainsi, la dernière bouteille de vin de telle récolte, les fruits ou les pièces de monnaie que je vous prêterais *ad solam ostentationem*, ne sont pas fongibles, quoique consomptibles. Les immeubles et, parmi les meubles, les esclaves, ont une valeur individuelle telle qu'ils résistent à l'idée du prêt de consommation.

**Effets du mutuum.** — Le *mutuum* a pour effet d'obliger l'emprunteur à restituer, à l'époque convenue, des choses de la même espèce, en même quantité et de la même qualité. Le *mutuum* est un contrat unilatéral : l'emprunteur est seul tenu, et, débiteur d'un genre, il supporte tous les risques ; le prêteur n'a contracté par le *mutuum* aucune obligation, et si l'emprunteur avait éprouvé un préjudice par suite de la mauvaise qualité des choses prêtées, il n'aurait d'autre ressource que l'action non contractuelle *de dolo*, en cas de dol, ou une action *in factum*, en l'absence de dol.

Digitized by Google

Le *mutuum* est un contrat de droit strict, produisant une *condictio certi* : la tradition est la mesure précise de l'obligation : il doit y avoir équivalence entre la dette et la dation ; or, l'objet de la dation est toujours déterminé et ne laisse au juge aucune liberté d'appréciation. La chose restituée doit être équivalente, dans son genre, sa qualité et sa quantité, à la chose prêtée. Le prêteur ne peut exiger une chose d'une qualité supérieure à celle de la chose prêtée ; une convention ou un simple pacte ne pourrait modifier cette conséquence rigoureuse du contrat de droit strict. Mais le pacte qui autoriserait l'emprunteur à restituer un objet de qualité moindre lui permettrait d'opposer l'*exceptio pacti* à l'action du créancier.

Mais qualité n'est pas synonyme de valeur ; on ne s'occupe pas de l'identité de valeur : en conséquence, chaque partie court une chance de gain comme une chance de perte. Si les choses prêtées, le froment, par exemple, valent plus au jour de la restitution qu'au jour du contrat, c'est le prêteur qui gagne ; si elles valent moins, c'est l'emprunteur.

Pour les monnaies, on ne prend en considération que la valeur nominale : si le débiteur a reçu dix sous d'or, et qu'une loi nouvelle augmente ou diminue la quantité d'or contenue dans ce genre de pièces, c'est-à-dire leur valeur réelle, il peut se libérer en restituant dix sous d'or en monnaie nouvelle. Ainsi, la restitution des monnaies doit se régler d'après le nombre des pièces reçues : la raison en est que, pour les Romains, l'argent n'avait qu'une valeur conventionnelle, qui dépendait de la volonté du législateur. Dans nos sociétés modernes, il en est autrement : les principes économiques, d'après lesquels la monnaie est une marchandise, dont la valeur dépend du poids et du titre bien plus que de la volonté du législateur, exigent qu'on s'occupe du poids des monnaies livrées à l'emprunteur : si on a reçu dix pièces d'or, et qu'une loi nouvelle augmente ou diminue la valeur réelle des monnaies, on devra restituer un nombre de pièces donnant entre elles toutes le même poids d'or que dix pièces d'or anciennes.

En ce qui concerne la quantité, on peut convenir que l'emprunteur restituera une quantité moindre, par exemple, neuf

Digitized by Google

au lieu de dix qu'il a reçu : l'opération s'analyse alors en un *mutuum* jusqu'à concurrence de ce qui doit être restitué et en une donation pour le surplus. Mais un simple pacte ne peut contraindre l'emprunteur à restituer une quantité supérieure à celle qu'il a reçue : l'excédent représenterait alors pour le prêteur une rémunération du service rendu, un intérêt. Les Romains, partant de ce principe que le *mutuum* est essentiellement gratuit et que la dette ne peut excéder le prêt, n'admettaient, dans aucun cas, à l'origine, qu'un simple pacte *in continenti* pût augmenter l'objet de l'obligation. D'autre part, la loi ne faisait courir de plein droit les intérêts, en cas de mise en demeure, que dans les contrats de bonne foi. Il fallait, pour que l'emprunteur fût tenu de payer des intérêts, ajouter au *mutuum* une stipulation, c'est-à-dire un contrat nouveau. Toutefois, le désir de réserver aux prêteurs un dédommagement légitime en retour de la jouissance procurée à l'emprunteur fit faire un pas vers la théorie moderne, qui considère la gratuité comme de la nature et non de l'essence du *mutuum* : on admit que, dans certains cas exceptionnels, un simple pacte adjoint au *mutuum* suffirait pour obliger civilement l'emprunteur à payer des intérêts : 1° dans les prêts de denrées : ainsi on peut obliger à restituer sept mesures de blé celui qui n'en a reçu que six, parce que, d'après les Romains, les denrées varient dans leur cours, tandis que les monnaies ont une valeur fixe et stable ; 2° dans les prêts faits par les cités ou par les banquiers ; 3° dans le *nauticum fœnus* ou prêt à la grosse aventure : c'est un contrat aléatoire qui a lieu, lorsqu'on prête une somme d'argent destinée à être transportée au-delà des mers ou à acheter des marchandises qui doivent faire l'objet d'un commerce maritime ; les risques sont à la charge du prêteur pendant toute la durée de la traversée. A raison de ces risques, le taux des intérêts convenus avait été d'abord illimité ; Justinien limite l'intérêt maritime à 12 0/0.

Nous avons vu précédemment que le taux de l'intérêt, libre à l'origine, ne tarda pas à être restreint dans le but de protéger les emprunteurs contre la cupidité des usuriers. Mais la limitation du taux ne fit pas disparaître complètement les

Digitized by Google

conventions usuraires ; il sera toujours très difficile de combattre l'usure, car c'est un fléau qui naît de la détresse des emprunteurs et de la cupidité des prêteurs. Un des moyens les plus pratiques pour la dissimuler consiste à faire souscrire à l'emprunteur une reconnaissance excédant le chiffre de la somme qu'il reçoit. L'intérêt exagéré ou usuraire était, à l'origine, restitué au quadruple, et, plus tard, imputé sur le capital ou réclamé par la *condictio indebiti*.

Jusqu'à Justinien, on admet, dans le but d'empêcher que l'accroissement indéfini de la dette ne ruine le débiteur, que les intérêts conventionnels actuellement dus seront arrêtés de plein droit, dès qu'ils égaleront, par leur accumulation, le montant du capital. C'était comme une prime offerte à l'inexactitude des emprunteurs. Justinien décide que, du jour où la somme des intérêts payés s'élèvera au double du capital, la dette sera éteinte.

## II. — *Commodat*.

Le commodat ou prêt à usage est un contrat réel, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties remet, à titre gratuit, la détention d'une chose corporelle à l'autre partie, qui s'oblige à la restituer identiquement après en avoir fait l'usage convenu. Le prêteur ne peut exiger la restitution de sa chose avant l'expiration du temps expressément ou tacitement accordé à l'emprunteur pour s'en servir. Le commodat diffère par là du précaire, dans lequel l'usage est laissé à la discrétion du prêteur, qui peut à tout instant reprendre sa chose.

**Eléments constitutifs du commodat.** — Quatre éléments sont nécessaires pour la formation de ce contrat : 1° la capacité de s'obliger chez les parties ; 2° la livraison de la chose pour permettre à l'emprunteur de s'en servir ; 3° la gratuité de l'usage ; 4° la nécessité de restituer l'objet livré.

1° Le *tradens* et l'*accipiens* doivent avoir la capacité de s'obliger ; car le commodat peut, de sa nature, entraîner des obligations réciproques.

2° Le commodant doit livrer la chose au commodataire,

Digitized by Google

pour que celui-ci puisse s'en servir sans en altérer la substance. Cette livraison ne confère ni un droit réel d'usage, ni même la possession juridique, mais une simple détention rendant l'usage possible. Le commodant reste donc possesseur, le commodataire n'est qu'un détenteur, dont le titre implique la reconnaissance du droit d'autrui. Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité du contrat, que le commodant soit propriétaire de ce qu'il livre : ainsi on peut prêter à usage une chose dont on a seulement l'usufruit ; si un voleur prête la chose volée, un semblable prêt n'est sans doute pas opposable au propriétaire, suivant la règle *res inter alios acta*, mais le contrat est valable dans les rapports du prêteur et de l'emprunteur et fait naître entre eux les obligations résultant du commodat.

3° La gratuité est de l'essence du commodat. L'usage de la chose est-il rémunéré : l'opération est un louage, si la rémunération est pécuniaire, un contrat innomé, si elle consiste en toute autre prestation qu'une somme d'argent.

4° Le commodataire, après s'être servi de la chose pour l'usage déterminé, doit la restituer dans son identique individualité. Le commodant reste propriétaire et le commodataire devient débiteur d'un corps certain.

**Choses qui peuvent faire l'objet d'un commodat.** — On peut prêter à usage toute espèce d'objets corporels *in commercio*, mobiliers ou immobiliers. Ainsi, je puis prêter, à titre de commodat, ma cave à un voisin pour y déposer des marchandises. Le commodat peut même porter sur des choses qui, par leur nature, se consomment par le premier usage, comme l'argent monnayé ou les denrées alimentaires, quand les contractants ne les ont pas destinées à la consommation, mais *ad solam ostentationem*. De même, si on emprunte des pièces de bois, non pour les employer comme bois de chauffage, mais pour s'en servir d'étais, il y aura commodat.

**Effets du commodat.** — Le prêt à usage est un contrat synallagmatique imparfait et de bonne foi. Au début, le commodataire seul est engagé ; mais des circonstances de fait, dont la cause se trouve dans le contrat, peuvent imposer au com-

Digitized by Google

modant des obligations postérieures. Ce contrat engendre deux actions : l'action *commodati directa*, au profit du commodant, et l'action *commodati contraria*, au profit du commodataire : elles sont toutes deux civiles, personnelles et de bonne foi.

*Obligations du commodataire.* — Les obligations du commodataire naissent du jour de la remise de la chose. On peut les ramener à trois principales :

1° Le commodataire doit se servir de la chose suivant l'usage expressément ou tacitement convenu : ainsi, celui à qui on a prêté un cheval de selle aura le droit de le monter, mais non de l'atteler. S'il contrevient de mauvaise foi à ce premier chef d'obligation, il commet un *furtum usûs ;* si l'usage abusif est exclusif de dol, il devra seulement réparer le préjudice causé. Les détériorations que la chose a subies par suite de l'usage régulier qu'en a fait l'emprunteur ne sont pas considérées comme lui étant imputables à faute.

2° Le commodataire doit apporter à la conservation de la chose prêtée tous les soins du père de famille le plus diligent: il répond donc, non seulement de son dol ou de sa faute lourde, mais même de sa faute légère *in abstracto*. C'est une application du principe relatif aux débiteurs qui ont un intérêt personnel dans le contrat. En revanche, les risques des cas fortuits ne sont pas à sa charge, en vertu de la règle *interitu rei certæ debitor liberatur ;* il n'en serait autrement que s'il les avait lui-même occasionnés ou s'en était chargé par une clause du contrat.

Des conventions expresses ou des circonstances de fait peuvent modifier les principes relatifs à la responsabilité du commodataire : ainsi, il ne répond que de son dol, quand le contrat n'intéresse que le commodant, ou de sa faute légère *in concreto*, quand il intéresse à la fois les deux parties. Ainsi, encore, on le déclare responsable des cas fortuits, si la chose a été estimée lors du contrat.

3° Le commodataire doit restituer la chose au terme convenu avec tous les fruits et produits qu'elle lui a donnés.

*Obligations du commodant.* — Ses obligations sont accidentelles, elles ne naissent pas du contrat, mais à l'occasion

Digitized by Google

du contrat. Car il n'est pas tenu de faire jouir ni même de faire user de la chose le commodataire. On peut réduire à deux les obligations accidentelles qui peuvent lui incomber :

1° Il doit indemniser le commodataire des dommages qu'il lui a causés par son dol ou sa faute lourde, par exemple, en lui prêtant sciemment des *tigna vitiosa*, des poutres pourries, pour servir d'étais, ou des *vasa vitiosa*, des fûts gâtés, pour conserver des liquides. Il répondrait même de sa faute légère, si le commodat était à son avantage.

2° Le commodant est tenu de rembourser au commodataire les dépenses extraordinaires qu'a pu nécessiter la conservation de la chose : ainsi en est-il des sommes employées à soigner pour une maladie grave l'esclave prêté, à le reprendre dans sa fuite. Mais il va de soi que le commodataire supporte les dépenses ordinaires, qui sont une charge naturelle du service qu'il retire de la chose, par exemple, les frais de nourriture de l'animal prêté.

Les deux actions *directa* et *contraria* ont le même caractère de bonne foi : par suite, le commodataire poursuivi par le commodant pourra lui opposer, sous forme de compensation, ses propres réclamations ou créances se rattachant au contrat de commodat. Il jouit même du droit de rétention à l'encontre du commodant, jusqu'à satisfaction complète ; ce droit est fondé sur le caractère de bonne foi du commodat. Mais il ne peut être invoqué pour des créances étrangères au contrat de commodat; en d'autres termes, il faut, pour qu'il puisse être accordé, qu'il y ait connexité entre la chose retenue et la créance du rétenteur, *debitum cum re junctum*.

### III. — *Dépôt.*

Le dépôt est un contrat réel, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties remet la détention d'un meuble corporel à l'autre, qui se charge gratuitement de la garder et s'oblige à la restituer en nature à la première réquisition.

A l'origine, le dépôt s'effectuait par l'aliénation fiduciaire : le déposant transférait la propriété au dépositaire, qui s'obli-



Digitized by Google

geait, par un contrat de fiducie, à la lui retransférer. Cette méthode avait l'avantage d'armer le dépositaire, en cas de vol, de la revendication et de la *condictio furtiva ;* mais il avait l'inconvénient d'exposer le déposant aux risques de ne pouvoir obtenir, au terme fixé, la retranslation de propriété du dépositaire infidèle ou devenu incapable ; l'*usureceptio ex deposito* n'était qu'un palliatif insuffisant. Aussi l'aliénation fiduciaire fût-elle remplacée par la simple remise matérielle procurant la simple détention.

**Eléments constitutifs.** — Le dépôt requiert cinq éléments : 1° la capacité de s'obliger chez les parties ; 2° la remise matérielle de la détention ; 3° la nature mobilière de la chose déposée ; 4° la gratuité du dépôt ; 5° la nécessité de restituer en nature à première réquisition.

1° Les parties doivent être capables de s'obliger, car le dépôt est un contrat synallagmatique imparfait : si, au moment de sa formation, nous ne voyons apparaître d'obligation que du côté du dépositaire, qui s'engage à restituer, il se peut que des faits postérieurs se rattachant au dépôt fassent naître des obligations à la charge du déposant.

2° Le déposant doit remettre la détention de la chose au dépositaire : il en résulte que la qualité de propriétaire n'est pas nécessaire chez le déposant.

3° Le dépôt ne peut avoir pour objet qu'une chose mobilière corporelle : les immeubles, n'étant pas susceptibles de déplacement, n'ont pas besoin d'être donnés en garde pour être retrouvés.

4° Le dépôt est un contrat de bienfaisance, un service d'ami : toute rémunération fournie ou promise changerait l'opération en un louage ou en un contrat innomé.

5° Le dépositaire est tenu de restituer la chose dans son identique individualité, à la première réquisition.

**Effets du dépôt.** — Le dépôt engendre deux actions civiles, personnelles et de bonne foi : l'action *depositi directa,* au profit du déposant, et l'action *depositi contraria*, au profit du dépositaire.

*Obligations du dépositaire.* — Le dépositaire assume, dès le jour du contrat, deux engagements :

Digitized by Google

1° Il doit garder la chose déposée entre ses mains, sans pouvoir en faire usage, sous peine de commettre un *furtum usûs.* Il ne répond, d'ailleurs, que de son dol et de sa faute lourde, par le motif qu'il n'a pas d'intérêt personnel dans le contrat. Mais la convention peut étendre sa responsabilité ; et, même sans nulle clause formelle, il répond de la *culpa levis in abstracto*, lorsqu'il s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt : car, il a ainsi empêché que le déposant ne s'adressât à une personne plus diligente. En revanche, débiteur d'un corps certain, il ne répond pas des cas fortuits.

2° Le dépositaire doit restituer la chose à première réquisition avec tous les fruits qu'elle a pu produire pendant qu'il la détenait.

Ces deux engagements sont garantis par l'action *depositi directa*, qui entraîne l'infamie contre le dépositaire condamné : les Romains considéraient le dépôt comme sacré, *res sacra depositum*. Le dépositaire doit se montrer digne, en gardant fidèlement la chose déposée, de la confiance que lui a témoignée le déposant. Quand il y a plusieurs dépositaires, ils sont tous engagés *in solidum.*

*Obligations du déposant.* — Elles sont accidentelles et peuvent se référer à deux ordres d'idées :

1° Le déposant doit réparer les dommages occasionnés, non seulement par son dol, mais par sa simple faute, puisqu'il est seul intéressé dans le contrat : ainsi il devra indemniser le dépositaire de toutes les pertes que les vices cachés de la chose déposée lui ont causées en se communiquant par la contagion à des choses lui appartenant.

2° Il doit rembourser au dépositaire toutes les dépenses ordinaires ou extraordinaires que celui-ci a faites, en vertu du contrat ou par nécessité, pour la conservation de la chose, par exemple, pour le soin et la nourriture de l'animal. Le dépositaire, ne pouvant se servir de la chose, ne doit pas supporter les charges ordinaires de l'usager. Mais il ne pourrait, par l'action *depositi contraria*, exiger le remboursement des impenses voluptuaires ou d'agrément ni même des impenses utiles ou d'améliorations : toutefois, pour les dépenses utiles, il au-

Digitized by Google

rait une action *de in rem verso*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de l'enrichissement du déposant.

Pour garantir l'exécution des diverses obligations dont le déposant peut être tenu à raison du dépôt, la loi accorde au dépositaire, outre l'action *depositi contraria*, qui n'est pas infamante, un droit de rétention sur la chose déposée.

**Dépôts exceptionnels.** — Il y a trois espèces particulières de dépôt dans lesquelles les éléments essentiels de ce contrat reçoivent des modifications : le dépôt nécessaire, le dépôt irrégulier et le séquestre.

*Dépôt nécessaire.* — A côté du dépôt volontaire, qui a lieu lorsque le déposant a pu choisir en toute liberté la personne du dépositaire, il y a le dépôt nécessaire, qui a lieu sous la pression d'un péril imminent ou d'une nécessité urgente, par exemple, en cas d'incendie, de ruine, de pillage, de naufrage ou tout autre événement imprévu. On l'appelait *depositum miserabile*, à raison des circonstances malheureuses qui lui donnent naissance. Le déposant, n'ayant pas eu, à cause de la précipitation avec laquelle il a dû agir, la liberté de son choix, mérite une protection plus énergique que dans le cas de dépôt volontaire : ainsi, quand le dépositaire nie le dépôt, il est condamné au double. Les héritiers du dépositaire ne restent tenus que d'une action au simple pendant une année seulement et, après ce terme, que dans la mesure de leur enrichissement.

*Dépôt irrégulier.* — On désigne sous ce nom le dépôt qui est fait avec autorisation pour le dépositaire de faire de la chose déposée un usage qui la consommera et de rendre, à première réquisition, non la chose même qu'il a reçue, mais des choses semblables : comme si je dépose entre vos mains une somme d'argent, en convenant avec vous que vous pourrez vous en servir, à la charge de restituer, à première réquisition, non pas les mêmes espèces, mais une somme égale.

Ce dépôt exceptionnel se sépare des règles du dépôt ordinaire, en ce sens que la propriété de la chose est transférée au dépositaire et que celui-ci peut s'en servir et ne restituer que des choses de même espèce, en même quantité et de la

Digitized by Google

même qualité. Cette opération se rapproche donc du *mutuum ;* mais elle conserve son caractère de dépôt, en ce que la chose déposée doit être restituée à première réquisition et demeure aux risques du déposant tant que le débiteur ne s'en est pas servi. Ce dépôt garde son caractère de contrat de bonne foi et le dépositaire peut être obligé de payer des intérêts en vertu d'un simple pacte ou à la suite de sa mise en demeure.

Il ne faut pas confondre le dépôt irrégulier avec la convention qui autorise le dépositaire d'une somme d'argent à convertir le dépôt en *mutuum :* dans le dépôt irrégulier, le dépositaire est autorisé, dès la formation du contrat, à se servir de la chose, et il est toujours passible de l'action *depositi directa ;* dans la conversion du dépôt en *mutuum*, le dépositaire n'est autorisé que postérieurement à se servir de la chose : il était dépositaire, il devient emprunteur et sera passible désormais de la *condictio ex mutuo.*

*Séquestre.* — Cette espèce de dépôt, dont le nom implique une idée de garde ou de mesure conservatoire, existe lorsqu'on remet à l'amiable ou sur un ordre de justice, une chose mobilière ou immobilière, sur laquelle plusieurs personnes ont ou prétendent avoir des droits, entre les mains d'un tiers, chargé de la conserver et de la rendre à la personne en faveur de laquelle se décidera la contestation ou le procès. Le séquestre ne suppose pas nécessairement un litige engagé, mais il s'applique le plus généralement à des choses contentieuses ou litigieuses. La possession juridique est attribuée au *sequester*, ce qui lui permet d'usucaper pour le compte de la partie victorieuse. Le séquestre est gratuit de sa nature, mais non de son essence : le *sequester* peut donc être admis à toucher un salaire ; il répondra alors de sa *culpa levis in abstracto.* Le *sequester* est passible de l'action *depositi sequestraria.*

### IV. — *Gage.*

Le gage est un contrat réel accessoire, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel le débiteur ou un tiers remettent la possession d'une chose corporelle, mobilière ou immobilière, au créancier, avec le droit pour celui-ci de la re-



Digitized by Google

tenir jusqu'au paiement intégral de sa créance, et de l'aliéner, en cas de non-paiement à l'échéance, pour se payer sur le prix, mais à la charge de la restituer identiquement, s'il est payé, ou de restituer l'excédent du prix, s'il la vend.

Le gage est un contrat réel accessoire, c'est-à-dire qu'il suppose toujours l'existence d'une obligation principale qu'il s'agit de garantir ; peu importe que cette dette soit civile, prétorienne, conditionnelle ou future. Il s'ensuit que la nullité de l'obligation principale entraînerait celle du gage.

C'est un contrat synallagmatique imparfait : en effet, une seule obligation naît au moment de sa formation : celle du créancier gagiste, qui s'oblige à restituer après avoir reçu satisfaction. Le constituant pour lors n'est pas obligé, et il n'est pas certain qu'il le soit un jour, car il ne peut le devenir que par suite de certains faits postérieurs au contrat, qui ne se produiront pas toujours.

Le gage se constituait primitivement par une aliénation fiduciaire; mais les inconvénients de ce procédé le firent tomber en désuétude.

**Éléments constitutifs du gage.** — Quatre conditions sont exigées pour la formation de ce contrat : 1° la capacité de s'obliger chez les parties ; 2° la nature corporelle de la chose engagée ; 3° le transfert au créancier de la possession juridique avec le droit conditionnel de vendre; 4° l'obligation de restituer.

1° La capacité de s'obliger doit exister chez les deux parties contractantes, à raison du caractère synallagmatique imparfait du gage.

2° Il faut que la chose mobilière ou immobilière remise en gage soit corporelle ; car, les choses incorporelles ne sont pas susceptibles de tradition. Si l'on affecte à la garantie d'une dette une chose incorporelle, comme une créance, il y a, non plus gage, mais *procuratio in rem suam*, c'est-à-dire mandat donné de toucher la créance, en cas de non-paiement.

3° Le constituant doit remettre au créancier la possession juridique avec le droit conditionnel de vendre. En conséquence, le gage exige chez le constituant la capacité d'aliéner ;

Digitized by Google

la constitution émanée d'un incapable est nulle. Mais il n'est pas nécessaire que le constituant soit propriétaire de la chose; s'il donne en gage la chose d'autrui, aucun droit réel de gage ne la grève, mais le contrat existe, et le constituant pourra demander la restitution de la chose par l'action *pigneratilia directa*, dès que la dette principale aura été payée. Celui qui engage de mauvaise foi la chose d'autrui se rend coupable de *stellionat* et est passible d'une poursuite *extrà ordinem*.

Le créancier gagiste, investi de la possession juridique, avait le droit d'invoquer les interdits pour la faire respecter. Il avait le droit de vendre, en cas de non-paiement à l'échéance.

Jusqu'à Constantin, les parties pouvaient convenir, dans la constitution de gage, que si le créancier n'était pas payé à l'échéance, il deviendrait propriétaire du *pignus* pour un prix d'achat égal à sa créance : c'était le pacte *commissoire*, véritable spoliation pour le débiteur et appât tendu à la cupidité du créancier; car la valeur du gage est ordinairement supérieure à celle de la dette garantie. Le débiteur subit ce pacte, parce que le créancier en fait une condition du prêt; le plus souvent il dissimule un prêt usuraire. Constantin eut raison de le prohiber; la nullité de cette clause n'entraîne pas celle de la convention de gage, dont elle n'est qu'un accessoire. Tombait également sous le coup de la prohibition la clause qui attribuait en paiement au créancier la chose engagée, suivant une estimation faite lors du contrat. Mais serait valable la clause qui autoriserait le créancier impayé à garder la chose à titre de paiement, d'après une estimation faite lors de l'échéance; car, dans l'espèce, le débiteur, étant admis à débattre librement le prix, ne peut alléguer ni contrainte ni lésion.

4° Le créancier gagiste doit restituer, soit la chose en nature, s'il est payé, soit l'excédent du prix, s'il la vend.

**Effets du gage.** — *Obligations du créancier gagiste.* — Deux obligations sont à sa charge :

1° Il doit veiller à la conservation de la chose, et sa responsabilité s'étend, sous ce rapport, même à la faute légère appréciée *in abstracto* : ainsi, il devra, notamment, percevoir les

Digitized by Google

fruits pour en rendre compte, et exercer les servitudes pour en empêcher l'extinction par le non-usage. Il ne peut se servir de la chose pour aucun usage personnel, sous peine de commettre un *furtum usûs*, quand elle est mobilière. Débiteur d'un corps certain, il ne répond pas des cas fortuits.

2° Il doit restituer la chose avec les fruits, après l'extinction de la dette par le paiement ou tout autre mode, ou la différence entre la créance et le prix, s'il avait vendu régulièrement la chose, à l'échéance, pour une valeur supérieure au montant de sa créance. Il peut, d'ailleurs, garder les fruits de la chose, si le contrat de gage a été accompagné d'un pacte d'*antichrèse* : cette convention, comme son nom l'indique, est une contre-jouissance : le créancier reçoit la jouissance de la chose engagée en retour de la jouissance, conférée au débiteur, du capital de la créance ; les fruits de la chose engagée tiennent lieu des intérêts de la dette. Cette clause était aléatoire, en ce sens que si les fruits perçus étaient supérieurs aux intérêts de la dette, le créancier faisait ce gain ; dans le cas contraire, il subissait une perte.

Tant que le débiteur n'a pas satisfait le créancier gagiste, celui-ci jouit du droit de rétention, et Gordien décide même que le créancier gagiste, payé de la dette garantie, pourrait exercer son droit de rétention contre le même débiteur, à raison de créances étrangères au contrat de gage, antérieures ou postérieures, jusqu'à parfait paiement. En droit français, ce gage tacite n'existe qu'à l'égard d'une dette contractée postérieurement à la mise en gage et devenue exigible avant le paiement de la première dette : la loi présume qu'il a été tacitement entendu entre les parties que le gage garantirait aussi la seconde dette ; le créancier, qui n'a pas voulu d'abord prêter sans garantie, ne peut avoir plus de confiance dans son débiteur, après la constitution de gage, puisque celui-ci vient contracter un nouvel emprunt ; et il est à présumer qu'il n'a pas voulu et que le débiteur n'a pas entendu contracter sans garanties. Le droit de rétention du créancier gagiste par suite du gage tacite est personnel et non réel : en conséquence, il n'est accordé que contre le débiteur ou ses héritiers, et non contre

Digitized by Google

un créancier hypothécaire qui userait du *jus offerendæ pecuniæ*, c'est-à-dire qui aurait désintéressé le créancier en payant la dette pour laquelle le gage avait été expressément affecté.

Les obligations du créancier gagiste sont sanctionnées par l'action *pigneratitia directa*, personnelle, civile et de bonne foi.

*Obligations du constituant.* — Ces obligations accidentelles sont :

1° Il répond des fautes même légères appréciées *in abstracto*; toutefois, si le constituant n'est pas le débiteur, sa responsabilité s'arrête au dol ou à la faute lourde, puisqu'il n'a pas d'intérêt dans le contrat ;

2° Il doit rembourser les impenses nécessaires que le créancier gagiste a faites pour la conservation de la chose, et même les dépenses qui se rattachent à l'usage ordinaire de cette chose.

Pour l'exécution de cette double obligation, le créancier gagiste est armé de l'action de bonne foi *pigneratitia contraria* et du droit de rétention.

## Section III. — Contrats consensuels.

Tous les contrats exigent, pour leur formation, le consentement des parties; mais on donne à la vente, au louage, à la société, au mandat le nom de *consensuels*, parce que l'accord des volontés suffit pour les former, indépendamment de tout acte solennel ou matériel. Ces quatre opérations juridiques ne sont, en réalité, que de simples pactes, que la loi a transformés en contrats, à raison de leur grande utilité pratique, *transeunt in nomen contractûs*. Ces contrats ont pour caractère propre de pouvoir se former entre absents, par correspondance ou par l'entremise d'un tiers.

### I. — *De la vente.*

**Notions générales.** — La vente (*emptio-venditio*) tire son origine de l'échange, dont elle n'est qu'une variété. L'échange, qui peut suffire aux besoins peu nombreux d'une société en-

Digitized by Google

core rudimentaire, ne saurait répondre aux besoins multiples d'une civilisation avancée ; du jour où la monnaie fut créée comme valeur représentative de tous les objets, la vente entra dans la pratique. Les Romains primitifs ne connurent que la *venundatio*, c'est-à-dire l'échange d'une chose contre un prix en argent ; la vente était alors un contrat réel, qui se formait par le transfert de la propriété à l'acheteur en échange du prix. Mais la nécessité de rendre obligatoire par elle seule la promesse de livrer une chose contre de l'argent ne tarda pas à se faire sentir : la vente devint ainsi un contrat consensuel ; la vente à crédit fut dès lors possible.

On peut définir la vente : un contrat consensuel, synallagmatique parfait et de bonne foi, par lequel le vendeur s'oblige à faire avoir la libre possession d'une chose à l'acheteur, qui s'engage à lui payer en retour une somme d'argent déterminée. Le contrat n'exige, pour sa formation, ni la livraison de la chose, ni le paiement du prix, mais seulement l'accord des volontés sur la chose et le prix.

**Eléments essentiels de la vente.** — Ce contrat requiert quatre éléments constitutifs : 1° la capacité des parties ; 2° le consentement des parties ; 3° une chose vendue, *merx* ; 4° un prix.

1° Les parties doivent avoir la capacité générale de contracter. Toutefois, il y a quelques incapacités spéciales à la vente : ainsi les administrateurs des biens d'autrui, comme le tuteur, le curateur, le mandataire, ne peuvent acheter, même par l'intermédiaire de personnes interposées, les choses qu'ils gèrent ; les gouverneurs de province ne peuvent acheter des fonds de terre situés dans leur ressort : la loi a voulu éviter un conflit dangereux entre leur devoir et leur intérêt.

2° La vente est parfaite, dès que les parties, d'accord sur la nature du contrat, sont également tombées d'accord sur la chose et sur le prix ; l'exécution de la vente est donc inutile à sa perfection.

Dans le but de prévenir les procès, Justinien décida, pour le cas où les parties auraient l'intention de rédiger un écrit, que le consentement ne serait définitif qu'après la rédaction

Digitized by Google

de l'écrit : jusque-là, il n'y avait qu'un simple projet, sur lequel les parties pouvaient impunément revenir. Cette décision ne fait pas de la vente un contrat littéral ; elle reste un contrat consensuel : la vente est faite sous la condition suspensive de la rédaction d'un écrit.

Dans la pratique, au moment de la conclusion du contrat, et en attendant son exécution, l'une des parties, d'habitude l'acheteur, remettait ordinairement à l'autre des arrhes, c'est-à-dire une somme d'argent le plus souvent ou toute autre chose mobilière. Il ne faut pas confondre avec les arrhes les sommes versées par l'acheteur à titre d'acomptes sur le prix. A l'époque classique, les arrhes étaient considérées comme un témoignage de la conclusion définitive du contrat, sauf preuve contraire : *argumentum emptionis et venditionis contractæ* ; une fois son obligation exécutée, le contractant qui les avait données les imputait sur le prix ou les répétait, soit par l'action de la vente, soit par une *condictio sine causâ*. Sous Justinien, les arrhes ne sont plus un moyen de preuve, mais un moyen de dédit ; en d'autres termes, elles signifient que les parties n'ont pas entendu se lier définitivement, mais ont voulu se réserver mutuellement la faculté de se dédire en perdant la valeur des arrhes. Ainsi chaque partie peut se départir du contrat, celle qui a donné les arrhes, en les perdant, et celle qui les a reçues, en les restituant au double. Cette innovation est applicable, d'après l'opinion générale, aux ventes sans écrit comme aux ventes faites ou à faire par écrit.

3° Le troisième élément essentiel de la vente est la *merx* ou chose vendue. La vente porte valablement sur toute chose, corporelle ou incorporelle, susceptible d'entrer dans le patrimoine de l'acheteur : corps certains ou quantités, droits de propriété, d'usufruit, d'emphytéose, de superficie, servitudes prédiales avec le fonds dominant dont elles sont l'accessoire, droit d'hypothèque avec la créance qu'il garantit ; la vente peut être la cause d'une cession de créances ou d'actions. Le droit d'usage ne se vend pas ; on ne peut vendre séparément du fonds dominant les servitudes prédiales déjà constituées ; mais un propriétaire s'oblige valablement, moyennant un

Digitized by Google

prix, à établir une servitude prédiale au profit d'un fonds voisin : ici la vente sera la cause, notamment, d'une *in jure cessio* ou d'une mancipation. On peut vendre des choses particulières ou des universalités, comme un troupeau, une hérédité ; la vente d'une hérédité comprend des droits actifs et passifs. Mais les successions non encore ouvertes ne peuvent être vendues, à moins, depuis Justinien, que le maître n'y consente et ne persévère dans cette volonté jusqu'à sa mort. La vente peut porter sur des choses présentes ou futures : ainsi est valable la vente de la récolte prochaine, du produit d'une pêche ou d'une chasse. La vente a, dans ces cas, le caractère aléatoire, si le prix est fixé sans tenir compte de la quantité ou qualité de l'objet. En principe, elle est soumise à la condition tacite que la chose future naîtra. Mais il peut y avoir achat d'une espérance ou d'une chance, *spei emptio*, comme un coup de filet ; le prix sera dû, quelque soit le résultat du coup de filet.

La vente de la chose d'autrui est valable, à la différence du principe consacré en droit français. En droit romain, la vente, comme tout contrat, ne produit que des obligations ; elle ne transfère pas la propriété. Bien plus, le vendeur ne contracte pas l'obligation précise de rendre l'acheteur propriétaire ; il s'engage seulement à lui faire avoir la chose vendue, c'est-à-dire à lui en procurer la paisible possession à titre de propriétaire : il est donc tenu d'une obligation de *præstare* et non de *dare*. Dès lors, rien ne peut empêcher le vendeur de s'obliger à livrer la chose d'autrui. En droit français, au contraire, la vente est un contrat translatif de propriété ; vendre est devenu synonyme d'aliéner ; or, on peut transférer la propriété d'une chose qui n'est pas à soi.

Les choses hors du commerce ne peuvent faire l'objet d'une vente ; mais si l'acheteur était de bonne foi, c'est-à-dire n'a pas connu la nature de la chose vendue, il pourra obtenir des dommages-intérêts du vendeur, sans qu'il soit nécessaire que celui-ci soit de mauvaise foi ; car celui qui vend par erreur une chose hors du commerce commet une faute, et la nature de la vente, qui est un contrat de bonne foi, permet de tenir

Digitized by Google

compte, non seulement du dol, mais de la faute. Il est évident, au surplus, qu'une erreur inexcusable de l'acheteur rendrait non recevable sa demande en dommages-intérêts.

La chose vendue doit exister au moment de la vente, suivant le principe qu'un contrat ne peut se former sans objet. L'acheteur de bonne foi d'une chose inexistante mais possible aurait droit à une indemnité ; il en serait autrement, s'il avait acheté une chose lui appartenant déjà ou qui ne peut pas exister, car, dans ce cas, son erreur serait inexcusable.

4° Le quatrième élément essentiel de la vente est le prix, qui est la chose due par l'acheteur. Il doit remplir trois conditions :

1° Il doit consister en *argent monnayé.* Cette règle ne fut pas admise sans contestation. Les Sabiniens enseignaient qu'une chose quelconque, mobilière ou immobilière, pouvait servir de prix : c'était confondre la vente avec l'échange. Les Proculiens, dont l'opinion prévalut, exigeaient énergiquement un prix en numéraire ; un prix monnayé peut seul permettre de distinguer l'acheteur du vendeur et de déterminer l'étendue de leurs obligations respectives. Le prix peut, d'ailleurs, consister soit en un capital, soit en une rente perpétuelle ou viagère. Enfin, rien n'empêche de convenir que l'acheteur fournira, accessoirement à la somme d'argent, des prestations d'une autre nature.

2° Le prix doit être *certain*, c'est-à-dire que le contrat doit le déterminer ou régler la manière de le déterminer, de telle sorte que le prix soit désormais indépendant de la volonté des parties. Ainsi le prix est certain, quoiqu'on n'en connaisse pas le chiffre exact, comme, par exemple, tout ce que j'ai dans ma caisse, *quantum in arcâ habeo.* Ainsi encore, le prix est certain, si je vous vend mon blé au prix moyennant lequel tel propriétaire voisin a vendu le sien ; ou si on laisse à un tiers arbitre le soin de le fixer, pourvu que ce tiers soit désigné au moment du contrat : dans ce dernier cas, la vente est faite sous la condition que le tiers indiqué puisse et veuille fixer le prix. Le contrat serait nul, si la fixation était abandonnée à l'une des parties ou réservée à l'arbitrage d'un tiers à choisir ultérieurement.



Digitized by Google

3o Le prix doit être *sérieux ;* autrement, la vente n'existerait pas. Le prix n'est pas sérieux, quand il est dérisoire ou fictif. Il serait dérisoire, si, comparé avec la chose, il était d'une valeur infime : tel est le cas de la vente du fonds Cornélien *uno nummo.* Il serait fictif, si le vendeur n'avait pas l'intention de l'exiger, l'acheteur de le payer. Qu'il soit dérisoire ou fictif, la vente n'existe pas : l'opération est, au fond, malgré les apparences, une véritable donation, qui ne vaudra qu'entre personnes capables de contracter à ce titre.

Il ne faut pas confondre le prix sérieux avec le *juste* prix : le prix peut être sérieux sans représenter exactement la valeur réelle de la chose ; on dit alors que le prix est vil. La vileté du prix n'empêche pas la formation de la vente. Les parties sont libres de chercher leur intérêt ; pourvu qu'elles agissent sans fraude, elles peuvent vendre le plus cher possible ou acheter à bon compte. La vileté du prix a été acceptée ou subie par le vendeur. Dans le cas ou le vendeur s'est volontairement contenté du prix vil, l'opération tient à la fois de la vente et de la donation. Dans le cas où le vendeur, sous la pression d'un impérieux besoin d'argent, a consenti la vente moyennant un prix vil, l'opération est une vente sans mélange. Mais son consentement se trouve vicié, car c'est par nécessité qu'il s'est défait d'une chose à vil prix. Toutefois, la législation classique ne permettait pas de faire rescinder la vente pour cause de lésion : pourvu que l'acheteur s'abstînt de dol, il lui était permis de profiter des circonstances malheureuses qui forçaient le vendeur à se défaire de sa chose à vil prix. Mais Dioclétien autorisa le vendeur à demander la rescision de la vente, lorsque le prix était inférieur à la moitié de la valeur réelle de la chose, à moins que l'acheteur ne consentît à payer le supplément du juste prix ; la rescision faisait recouvrer au vendeur son bien, moyennant restitution de ce qu'il avait reçu. Cette rescision pour cause de lésion d'outre-moitié fut admise pour les ventes de meubles comme pour les ventes d'immeubles. Sous le Bas-Empire, où les terres étaient désertées, à cause des lourds impôts qui les grevaient, la fortune mobilière était considéré comme d'une valeur égale à la fortune immo-

Digitized by Google

bilière. Le Code civil admet la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, mais seulement pour les ventes d'immeubles : ainsi il y aura lieu à rescision, si un immeuble, dont le juste prix est de douze, a été vendu moins de cinq. Les ventes de meubles ne sont pas déclarées rescindables pour cause de lésion, soit à raison de l'influence de la maxime surannée *res mobilis, res vilis*, soit à raison de la facilité de transport des meubles dans un lieu où les acheteurs abondent. La rescision n'existe pas au profit de l'acheteur; car si le vendeur est quelquefois obligé de vendre à vil prix, à cause de sa détresse, l'acheteur n'est jamais forcé d'acheter, et, s'il a surpayé la chose, c'est à bon escient : il a voulu satisfaire un caprice, et son consentement n'a pu être forcé.

**Effets de la vente**. — La vente, étant un contrat, ne peut produire que des obligations; elle ne peut transférer aucun droit réel ; la transmission de propriété résultera du mode d'acquisition employé, tradition, mancipation, *in jure cessio*. La vente sera une juste cause d'acquisition, si le vendeur est propriétaire, ou une juste cause d'usucapion, s'il ne l'est pas.

Les obligations engendrées par la vente sont réciproques : celles du vendeur sont sanctionnées par l'*actio empti* ou *ex empto*, qui est au service de l'acheteur, et celles de l'acheteur par l'*actio venditi* ou *ex vendito*, qui est au service du vendeur.

*Obligations du vendeur*. — Trois obligations principales sont à la charge du vendeur : 1° celle de livrer la chose ; 2° celle de garantir la paisible et utile possession ; 3° celle de s'abstenir de tout dol.

1° *Obligation de livrer la chose*. — Livrer la chose à l'acheteur, c'est lui en remettre la possession libre, c'est-à-dire exempte de tous troubles fondés. La vente n'oblige pas, en principe, à transférer la propriété ; mais le vendeur doit procurer à l'acheteur tous ses droits sur la chose, notamment la propriété, quand il l'a ; sinon, il commettrait un dol. En un mot, le vendeur doit procurer à l'acheteur la paisible possession à titre de propriétaire. L'acheteur peut contraindre le vendeur à la translation de propriété au moyen de la tradition ou de la mancipation par l'action *ex empto*, tout en ayant soin,

Digitized by Google

dans le cas où il ne voudrait pas encore obtenir la possession, de restreindre la portée de son action par l'insertion en tête de la formule de la *præscriptio de fundo mancipando :* ce moyen de procédure lui permettra de se réserver le droit d'intenter de nouveau l'action pour se procurer la possession, quand il la désirera. L'acte translatif rendra l'acheteur propriétaire, si le vendeur l'était lui-même, ou seulement possesseur, si le vendeur était simple possesseur. Dans le cas où le vendeur vend de bonne foi, c'est-à-dire sans le savoir, la chose d'autrui, l'acheteur ne peut se plaindre actuellement de n'avoir pas reçu la propriété ; car le vendeur n'est pas tenu, en principe, d'une obligation de *dare ;* il ne pourra s'en plaindre qu'au jour du trouble ou de l'éviction ; car, si le vendeur n'est pas tenu directement d'une obligation de *dare*, il est tenu d'une obligation de garantie. Dans le cas où le vendeur vend de mauvaise foi, c'est-à-dire sciemment, la chose d'autrui, l'acheteur peut se plaindre immédiatemeut de ne pas avoir reçu la propriété, et l'action *ex empto* lui est ouverte, avant toute éviction ou trouble, car ici l'obligation de s'abstenir de tout dol a été violée.

Le vendeur doit livrer la chose avec tous ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel. Il doit livrer également avec la chose tous les produits qu'elle a donnés depuis le jour où l'acheteur était en droit d'exiger la tradition. Jusqu'à la tradition, le vendeur est tenu de veiller à la conservation de la chose et répond de toute faute légère appréciée même *in abstracto.*

2° *Obligation de garantir la paisible et utile possession.* — Cette obligation abstreint le vendeur, d'une part, à garantir la paisible possession, c'est-à-dire à garantir l'acheteur contre toute éviction, d'autre part, à garantir l'utile possession, c'est-à-dire à répondre des vices graves qui suppriment ou diminuent l'utilité de la chose.

**Obligation de garantir la paisible possession : éviction de l'acheteur.** — L'acheteur, troublé dans sa possession et évincé, a le droit de recourir en garantie contre son vendeur. La garantie n'est pas de l'essence de la vente ; c'est un élément naturel de la vente et peut en être éliminée par une clause formelle.

Digitized by Google

L'éviction éveille, en général, l'idée de dépossession à la suite d'une défaite dans l'arène judiciaire. Mais la perte de la possession par suite d'une sentence judiciaire n'est pas la seule signification du mot éviction ; on entend également par *éviction* le fait de ne conserver la possession que par l'effet d'un titre nouveau. En effet, que l'acheteur succombe en justice sur la revendication ou qu'il reste possesseur à la suite d'un arrangement pris avec le tiers réclamant, il n'en a pas moins le droit de recourir contre son vendeur, pour que celui-ci le mette à l'abri d'une dépossession ou l'en indemnise. On appelle éviction totale la dépossession complète, et éviction partielle, la perte d'une partie seulement de la chose ou la reconnaissance ultérieure et forcée de l'existence d'un droit réel au profit d'autrui.

*Eviction totale.* — Dans le cas d'éviction totale, l'acheteur a à son service deux moyens de recours : l'action *ex empto* et l'action *ex stipulatu duplæ.*

L'action *ex empto* était seule donnée à l'origine. Mais, plus tard, on exigea, pour les ventes d'immeubles ou de choses mobilières d'une certaine valeur, que l'acheteur stipulât en vue de l'éviction une peine pécuniaire, ordinairement le double du prix ; on alla même jusqu'à décider que cette stipulation omise par l'acheteur serait sous-entendue dans le contrat ; le vendeur fut, dès lors, passible de l'action *ex stipulatu duplæ*, à moins d'une clause contraire.

Parmi les conditions d'exercice des deux actions en garantie, les unes sont communes, les autres spéciales aux deux actions.

Quatre conditions leur sont communes :

1° L'éviction doit résulter d'un défaut de droit chez le vendeur ; en d'autres termes, il faut que le vendeur ait livré une chose qu'il avait lui-même, avant ou depuis la vente, aliénée au profit d'un tiers. Si l'éviction provient d'une cause étrangère au vendeur, telle que l'erreur ou l'injustice notoires du juge, c'est contre le juge que l'acheteur devra recourir ;

2° L'acheteur doit avoir ignoré la cause d'éviction au moment du contrat ;

Digitized by Google

3° L'acheteur ne doit pas avoir contribué, par son fait ou sa négligence, au résultat de l'éviction : ainsi, l'acheteur poursuivi est tenu d'appeler en temps utile son vendeur en cause; celui-ci assistera l'acheteur ou prendra le procès pour son compte. Or, faute par l'acheteur d'appeler en garantie son vendeur, il sera déchu de son recours contre lui, par ce motif que le vendeur aurait pu, en temps opportun, faire valoir lui-même ou indiquer à l'acheteur de bons moyens de défense. Mais, l'acheteur conserverait son recours, s'il était établi que le vendeur s'est caché ou n'a pu être retrouvé;

4° L'acheteur doit avoir intérêt à se prévaloir de l'obligation de garantie : si donc la perte fortuite de la chose survient entre ses mains, avant toute tentative de dépossession, l'impossibilité de l'éviction rendrait le recours sans cause.

Les parties peuvent, d'ailleurs, déroger, par des conventions particulières, à ces effets naturels de la garantie.

Les deux actions en garantie diffèrent, quant à leurs conditions d'exercice, à trois points de vue :

1° Il faut, pour que l'action *ex stipulatu duplæ* puisse être exercée, que l'éviction provienne d'une sentence judiciaire ; le caractère *stricti juris* de cette action exige que le mot éviction soit interprété strictement. Si donc l'acheteur conserve la chose en vertu d'un titre nouveau, par exemple, en devenant l'héritier du vrai propriétaire, il sera préservé d'un échec en justice et ne pourra se prévaloir que de l'action *ex empto*.

2° L'action *ex stipulatu* ne peut être exercée que si la sentence d'éviction porte sur la *res vendita* entendue strictement, c'est-à-dire sur la chose principale toute entière. L'éviction portant seulement sur une partie ou sur les produits ou accessoires ne donne ouverture qu'à l'action *ex empto*.

3° L'acheteur ne peut exercer l'action *ex stipulatu* que s'il a payé son prix et si, de son côté, le vendeur a fait un acte translatif de propriété ; sinon, le jugement d'éviction n'enlèverait pas juridiquement la chose à l'acheteur ; le jugement antérieur au paiement du prix et à la tradition ou mancipation ne donnerait à l'acheteur que l'action *ex empto*.

Les deux actions en garantie diffèrent également, au point de vue de leur nature et de leurs effets :

Digitized by Google

1° L'action *ex stipulatu*, née du contrat unilatéral de stipulation, est de droit strict et exclut pour le juge toute liberté d'appréciation; l'action *ex empto*, née du contrat synallagmatique de vente, est de bonne foi et permet au juge d'apprécier les faits d'après l'équité.

2° Le juge de l'action *ex stipulatu*, se trouvant lié par les termes de la stipulation, doit toujours, quand l'action est fondée, condamner le vendeur au double du prix de vente. Le juge de l'action *empti*, au contraire, jouissant d'une certaine latitude d'appréciation, accorde à l'acheteur le montant de la réparation du préjudice causé par l'éviction : en conséquence, l'acheteur recouvre d'abord la valeur de la chose au jour de l'éviction, valeur qui sera tantôt inférieure, tantôt supérieure au prix de vente ; ensuite, il a droit à la valeur des fruits et de toutes les acquisitions qu'il a réalisées à l'occasion de la chose et que l'éviction lui enlève ; enfin, il peut se faire rembourser par le vendeur les impenses que, suivant le droit commun, il ne peut réclamer au propriétaire.

*Eviction partielle.* — L'action *ex empto* assure seule le recours en garantie de l'acheteur évincé pour une part divise ou indivise de la chose. L'éviction porte-t-elle sur une part divise, par exemple, sur le bois situé au nord de la ferme, l'indemnité se calcule en estimant la portion évincée, comme si elle eût été vendue seule. L'éviction porte-t-elle sur une part indivise, par exemple, sur la moitié ou le tiers de la chose, les dommages-intérêts seront d'une moitié ou d'un tiers de la valeur totale de la chose lors de l'éviction.

Il peut se faire que la chose vendue, sans appartenir à autrui, soit grevée d'un ou de plusieurs droits réels au profit de tiers. Si le cas n'a pas été réglé par le contrat, l'acheteur peut-il exercer contre le vendeur un recours en garantie par les actions *ex empto* ou *ex stipulatu duplæ ?* Il faut distinguer : s'il s'agit d'un droit réel dont l'exercice enlèverait la jouissance de la chose à l'acheteur, comme une servitude personnelle, usufruit, usage ou habitation, un droit de gage, de superficie ou d'emphytéose, le recours est évidemment possible ; mais, s'il s'agit seulement d'un droit réel qui ne supprime pas néces-

Digitized by Google

sairement la jouissance de l'acheteur, comme une servitude prédiale, le recours n'est possible que si le fonds servant a été vendu *uti optimus maximus que*, c'est-à-dire comme franc et quitte de toutes charges.

**Obligation de garantir la possession utile : vices de la chose.** — D'après l'ancien droit civil, le vendeur n'était responsable, pour les vices de la chose, que de ses déclarations formelles. Les jurisconsultes décidèrent qu'il serait tenu à raison des défauts qu'il connaissait et n'aurait pas déclarés. Ainsi, responsable seulement, à l'origine, de la fausseté de ses déclarations, il le devenait désormais de son silence sur les vices connus de lui. Cette législation était insuffisante pour réprimer les fraudes. Les édiles curules, commis à la police des marchés, la complétèrent par un édit, applicable d'abord seulement aux ventes d'esclaves, de bêtes de somme et de troupeaux, mais étendu ensuite à toute espèce de ventes : on peut en dégager trois règles importantes :

1° Le vendeur est responsable de ses déclarations relatives aux défauts ou qualités de la chose : sur ce premier chef, l'Edit ne fait que confirmer le droit civil.

2° Le vendeur est responsable du défaut de déclaration de tous les vices cachés, connus ou ignorés de lui, et qui diminuent d'une façon sensible la valeur de la chose. La bonne foi du vendeur ne fait pas disparaître sa responsabilité. Mais si le vice était apparent ou connu de l'acheteur, celui-ci n'aurait aucun recours.

3° Le vendeur est tenu de promettre une indemnité pour tous les vices, connus ou ignorés de lui, qu'il ne déclare et qui sont spécifiés dans l'Edit des édiles.

Pour sanctionner leurs prescriptions, les édiles créèrent deux actions spéciales, l'action *redhibitoria* et l'action *quanti minoris*.

L'action *redhibitoria* tend à faire résoudre la vente et à replacer les parties dans l'état antérieur au contrat : le vendeur aura à restituer le prix avec les intérêts et à indemniser l'acheteur du préjudice résultant des vices rédhibitoires ; l'acheteur aura à restituer la chose avec les accessoires et les fruits et à indemniser le vendeur des détériorations qu'il a faites.

Digitized by Google

Cette action se prescrit par le laps de six mois utiles, et, comme son but l'indique suffisamment, elle ne peut être intentée qu'une fois.

L'action *quanti minoris* ne tend qu'à faire réduire le prix conformément à l'importance du préjudice; elle dure une année utile; à la différence de la première, elle peut être renouvelée toutes les fois que l'acheteur découvre un nouveau vice et peut être exercée, malgré l'aliénation totale ou partielle de la chose vendue.

L'acheteur eut également à son service l'action *ex empto* dans le cas de responsabilité prévu par l'ancien droit civil ou lorsque le vendeur avait violé son obligation de s'abstenir de tout dol en ne déclarant point un vice grave connu de lui. L'action *ex empto* était perpétuelle.

3° *Obligation de s'abstenir de tout dol.* — Cette obligation est le corollaire du caractère de bonne foi du contrat de vente. Elle est sanctionnée par l'action *ex empto*. Les principales conséquences de cette obligation sont les suivantes : 1° La bonne foi du vendeur étant une règle essentielle de la vente, une clause de non-garantie ne peut affranchir le vendeur de l'obligation de répondre de son dol : *fraus omnia corrumpit* ; 2° Le vendeur ne peut se refuser à transférer à l'acheteur tous ses droits sur la chose, tels que la propriété, quand il l'a; car, en la conservant, il tromperait l'intention qui ressort du contrat ; 3° Celui qui vend de mauvaise foi la chose d'autrui est passible, avant même toute éviction ou trouble, de l'action *ex empto* à raison de son dol.

*Obligations de l'acheteur.* — L'acheteur est tenu d'une obligation principale et de certaines obligations accessoires.

L'obligation principale est de transférer au vendeur la propriété du prix convenu, au jour et au lieu indiqués dans le contrat. La dette de l'acheteur a donc pour objet une *datio*.

Dans la vente pure et simple, chaque contractant jouit contre l'autre du droit de rétention : l'acheteur n'est pas tenu de payer son prix, tant que le vendeur ne livre pas la chose, et le vendeur n'est pas tenu de livrer la chose, tant que l'acheteur ne paie pas son prix.



Digitized by Google

On décide même que l'acheteur peut, nonobstant la tradition faite, refuser le paiement du prix, s'il a un motif légitime de craindre une éviction. Mais, depuis Dioclétien, le vendeur peut, dans tous les cas, obtenir le paiement, pourvu qu'il fournisse des garanties suffisantes.

La loi romaine avait donné au vendeur, en cas de non-paiement du prix, une garantie sérieuse en décidant que l'acheteur ne devenait pas propriétaire par le seul effet de la tradition, mais seulement après le paiement du prix : nous avons déjà vu que la tradition en exécution de la vente ne transfère la propriété qu'autant que le prix a été payé. Le vendeur conserve ainsi jusqu'au paiement du prix l'action en revendication, qui lui permet de suivre la chose en quelques mains qu'elle passe ; s'il n'avait que l'action personnelle *ex vendito*, il courrait le risque, en cas d'insolvabilité de l'acheteur, de perdre à la fois la chose et le prix. Mais si le vendeur avait suivi la foi de l'acheteur, par exemple, en lui accordant un terme ou en recevant de lui une sûreté personnelle ou réelle, il serait dépouillé de la propriété dès le jour de la tradition et n'aurait plus à son service que l'action *venditi*. Toutefois, il pourrait, au moyen d'un pacte adjoint à la tradition, se réserver la propriété jusqu'au paiement du prix.

Le vendeur peut encore se réserver, par un pacte adjoint à la vente, la faculté de faire résoudre le contrat pour défaut de paiement à l'époque convenue. Le droit civil français sous-entend le pacte commissoire dans tout contrat synallagmatique.

Les obligations accessoires de l'acheteur se fondent sur l'équité : il doit rembourser au vendeur les dépenses faites de bonne foi depuis la vente ; il est tenu, de plein droit, de verser les intérêts du prix non payé, à partir du jour de la tradition ; il doit prendre livraison au jour convenu, sinon le vendeur pourrait s'exonérer de la garde de la chose en faisant à l'acheteur des offres suivies de consignation.

**Modalités de la vente.** — La vente peut être affectée de trois principales modalités : le terme, la condition suspensive et la condition résolutoire. Les deux dernières méritent de nous retenir un instant.

Digitized by Google

*Vente sous condition suspensive.* — L'obligation du vendeur étant la cause de celle de l'acheteur et réciproquement, la condition suspensive les affecte nécessairement toutes les deux : le contrat ne se forme qu'à l'arrivée de la condition. Comme exemple de vente sous condition suspensive, nous citerons la vente *à l'essai*, qui est subordonnée à la condition que la chose sera à l'agrément ou au goût de l'acheteur dans un certain délai. La fixation d'un délai était obligatoire, sinon l'acheteur eût pu tenir indéfiniment le vendeur à sa merci. La vente sous condition suspensive ne produit, *pendente conditione*, aucun effet immédiat : le vendeur garde la chose et l'acheteur le prix. Mais lorsque la condition s'est accomplie, la vente est formée, et la rétroactivité de la condition accomplie fait considérer, en droit, les rapports d'obligation comme noués dès le jour où les parties se sont mises d'accord. Faut-il, en vertu de cet effet rétroactif, attribuer à l'acheteur les fruits que la chose a donnés *pendente conditione ?* Les textes les laissent au vendeur, et non sans raison. Car l'attribution du profit des fruits est un fait d'exécution du contrat : la rétroactivité de la condition accomplie fait bien considérer l'obligation réciproque comme née au jour de l'accord, mais elle ne peut faire que l'exécution effective du contrat soit reportée à une époque antérieure à l'accomplissement. La rétroactivité, comme toute fiction juridique, atteint les droits, mais non les faits.

*Vente sous condition résolutoire.* — **Notions générales.** — Lorsque la vente est affectée d'une condition résolutoire, les Romains nous disent qu'elle est pure et simple, mais résoluble sous condition : les obligations existent donc dès le jour du contrat, et les deux parties peuvent en poursuivre immédiatement l'exécution.

La vente, comme tout contrat consensuel, peut être résolue par le seul dissentiment : cette condition résolutoire est reconnue par le droit civil même.

Les pactes résolutoires les plus usités, en matière de vente, sont : le *pactum displicentiæ*, le *pactum de retro-vendendo*, le *pactum addictionis in diem* et le *pactum legis commissoriæ*.

Digitized by Google

Le *pactum displicentiæ* est le pacte par lequel l'acheteur se réserve la faculté de résoudre la vente, si la chose cesse de lui plaire dans un délai préfixe. La fixation d'un délai est nécessaire, sans quoi l'acheteur ne serait tenu que sous une condition purement potestative de sa part.

Le *pactum de retro vendendo*, autrement dit pacte de réméré, ou vente avec faculté de rachat, est le pacte qui autorise le vendeur à demander, dans un temps préfixe ou même quand il voudra, la résolution du contrat et à exiger la restitution de sa chose, sous la seule charge de restituer lui-même le prix. En droit français, le délai pour l'exercice du réméré ne peut être stipulé pour une période excédant cinq années.

Le *pactum addictionis in diem* est la clause par laquelle le vendeur se réserve la faculté de résoudre le contrat, si, dans un certain délai, un second acheteur lui proposait de meilleures conditions, telles qu'un prix plus élevé, des garanties plus sérieuses. Mais le vendeur doit notifier les offres nouvelles au premier acheteur ; et s'il convient à celui-ci de les réaliser lui-même, il jouit d'un droit de préférence. Il s'opère alors une nouvelle vente : c'est en vertu d'un titre nouveau qu'il conserve la chose.

Le *pactum legis commissoriæ* est la clause par laquelle les parties conviennent que la vente sera résolue si l'une d'elles contrevient à son obligation. Il est convenu ordinairement au profit du vendeur, qui aura le choix, au terme fixé, de poursuivre le paiement du prix ou la résolution du contrat ; l'option du vendeur est définitive, une fois manifestée par une action en justice. Cette clause n'est jamais sous-entendue de plein droit dans le contrat.

**Effets de la condition résolutoire accomplie.** — Il va de soi que lorsque la condition résolutoire vient à défaillir, le contrat reste définitivement pur et simple. Lorsqu'au contraire, la condition s'accomplit, deux cas peuvent se présenter : 1° Le contrat n'a pas encore reçu d'exécution : dans ce cas, les obligations qu'il a créées sont désormais éteintes ; 2° Le contrat a été exécuté avant la résolution : dans ce cas, il y a lieu de se demander quels sont les effets de la condition résolutoire ac-

Digitized by Google

complie sur les obligations, sur la translation de propriété et sur la possession de la chose vendue.

*Effets sur les obligations.* — L'accomplissement de la condition résolutoire oblige les parties à anéantir toutes les conséquences juridiques du contrat. L'acheteur sera tenu de restituer la chose avec ses accessoires, notamment les fruits qu'elle lui a procurés depuis la tradition et les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose. Il résulte également de la règle que les choses doivent être remises dans l'état antérieur au contrat que l'acheteur sera obligé de réparer tout préjudice qu'il aurait causé par son fait au vendeur, par exemple, en détériorant la chose. De son côté, le vendeur sera tenu de restituer le prix ou la portion qu'il en a touchée et de rembourser les impenses nécessaires faites par l'acheteur; il ne devra le remboursement des impenses utiles que dans la mesure de la plus-value. Le vendeur sera tenu également de verser les intérêts du prix, ces intérêts représentant l'équivalent des fruits qui lui seront restitués par l'acheteur. Lorsque la vente est résolue par suite du défaut de paiement du prix, le vendeur n'a rien à restituer ni à rembourser, par le motif que la résolution est imputable à l'acheteur seul; mais les textes tempèrent cette règle rigoureuse à l'égard de l'acheteur en le dispensant de restituer les fruits.

Pour l'exécution des prestations réciproques dues par suite de l'accomplissement de la condition, les principes généraux donnaient une *condictio sine causâ*, fondée sur la disparition de la cause qui avait motivé les prestations faites en vertu de la vente Mais cette action, n'étant pas contractuelle, était insuffisante pour assurer l'exécution des prestations réciproques. Les Sabiniens donnèrent alors l'action même de la vente, *empti* ou *venditi*, en se fondant sur le principe que tout pacte, même résolutoire, fait au moment de la formation d'un contrat de bonne foi, en devient partie intégrante. Les Proculiens donnèrent l'action *præscriptis verbis*, en faisant observer, avec raison, que l'action du contrat, destinée seulement à assurer l'exécution des obligations qui en résultent, ne saurait, alors que ce contrat n'existe plus, être intentée pour assurer l'exé-

Digitized by Google

cution des prestations qui naissent de sa résolution ; à la place de la vente, qui est résolue, apparaît un contrat innomé, *negotium do ut des*, qui s'est formé par l'aliénation d'une chose consentie à la charge par l'acquéreur de la retransférer ultérieurement. Alexandre Sévère fit cesser la controverse en laissant aux parties le choix entre ces deux actions.

*Effets sur la translation de propriété.* — D'après l'ancienne doctrine, l'accomplissement de la condition résolutoire faisait bien disparaître le contrat, mais ne pouvait opérer de plein droit le retour de la propriété qui a été transférée à titre de vente. C'était l'application du principe que la propriété ne pouvait être transférée *ad tempus*. Aussi tant que l'acheteur n'avait pas exécuté son obligation de restituer la chose, il en demeurait propriétaire, et le vendeur, armé d'une simple action de créance, était exposé à des dangers sérieux, tels que l'impossibilité de revendiquer la chose entre les mains des tiers acquéreurs ou de faire tomber les droits réels constitués par l'acheteur avant la résolution, ou encore la nécessité, en cas d'insolvabilité de l'acheteur resté propriétaire, de subir le concours des autres créanciers sur le prix de sa chose.

Vers la fin de l'époque classique, apparaît une théorie nouvelle : Marcellus et Ulpien, estimant que la rigueur des vieux principes devait être sacrifiée à la volonté des parties, proposèrent de considérer le transfert de propriété comme résolu en même temps que le contrat lui-même et d'accorder au vendeur une action *in rem* utile pour revendiquer la chose aux mains des tiers détenteurs. Cette théorie, longtemps combattue, ne triompha définitivement que sous Justinien. Dès lors, par le seul accomplissement de la condition résolutoire, la propriété retourne de plein droit de la tête de l'acheteur sur la tête du vendeur ; il en résulte : 1° que les droits de gage et d'hypothèque établis par l'acheteur s'éteignent du même coup que son droit de propriété ; 2° que l'action en revendication, dont était nanti l'acheteur, passe, à titre utile, au vendeur, qui pourra désormais atteindre la chose en quelque main qu'elle se trouve. Du reste, la chose rentre dans le patrimoine du vendeur sans effet rétroactif, en ce sens que les aliénations

Digitized by Google

totales ou partielles consenties par le vendeur depuis la tradition jusqu'à la résolution demeurent inefficaces.

La théorie nouvelle ne supprime aucunement pour le vendeur l'utilité de l'action personnelle *venditi* ou *præscriptis verbis*: le vendeur avait recours à l'une ou à l'autre de ces actions dans le cas où il n'était pas propriétaire lors de la tradition ou pour obtenir le paiement des restitutions ou indemnités à lui dues en vertu de faits antérieurs à la résolution.

*Effets sur la possession.* — Si le vendeur avait commencé, avant la vente, une usucapion qui ne soit pas encore consommée par l'acheteur, au jour de la résolution, pourra-t-il la continuer en reprenant la chose ? L'affirmative s'impose : il est certain que le vendeur demeuré de bonne foi pourra joindre à sa possession actuelle son ancienne possession et la possession intérimaire de l'acheteur : en effet, l'acheteur a possédé *animo domini*, et non pour le compte du vendeur, et celui-ci a cessé de posséder depuis la tradition et n'a recouvré la chose qu'en vertu d'une rétrocession. Dès lors, le vendeur est, à l'égard de l'acheteur, dans la situation d'un ayant cause, et, par suite, on doit appliquer les règles de l'*accessio temporis*.

## II. — *Du louage.*

**Notions générales.** — Le louage (*locatio conductio*) est un contrat consensuel, synallagmatique parfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties s'oblige, moyennant un prix en argent que l'autre partie s'engage à lui transférer en propriété, à procurer à celle-ci la jouissance temporaire d'une chose, ou à lui fournir temporairement ses services, ou à exécuter pour son compte un ouvrage déterminé. On distingue trois espèces de louage : 1° le louage de choses, *locatio-conductio rerum ;* 2° le louage de services, *locatio-conductio operarum ;* 3° le louage d'ouvrage, *locatio-conductio operis.*

Les éléments essentiels du louage sont les mêmes que dans la vente : 1° le consentement des parties ; 2° la capacité des contractants ; 3° un objet possible et licite ; 4° un prix.

1° En sa qualité de contrat consensuel, le louage est formé dès que les parties sont d'accord sur la chose et le prix. Justi-

Digitized by Google

nien étend au louage son innovation relative à la rédaction d'un écrit en matière de vente : les parties, qui veulent rédiger un écrit, sont réputées subordonner leur consentement à la rédaction de l'écrit.

2° Les parties doivent être capables de contracter : parmi les incapacités spécialement attachées au louage de choses, on peut citer celle concernant le tuteur ou curateur qui ne pouvait prendre à bail les biens de l'empereur ou du fisc, avant d'avoir rendu ses comptes.

3° Le contrat doit avoir un objet possible et licite.

4° Le quatrième élément constitutif est le prix, *merces*. La *merces* doit réunir trois caractères :

1° Consister en *argent monnayé ;* si donc je devais, en retour de ma jouissance, vous procurer les services d'une autre chose, par exemple, vous me laissez jouir de votre chose, à condition que je vous laisserai jouir de la mienne, il n'y a pas de louage ; cette opération constitue un contrat innomé, produisant l'action *præscriptis verbis ;*

2° Etre *certaine*, c'est-à-dire fixée par les parties au moment du contrat ou laissée à l'arbitrage d'un tiers qu'elles désignent immédiatement ; mais, dans ce dernier cas, le contrat est subordonné à la condition que le tiers veuille et puisse fixer le prix. La *merces* ne serait pas *certa* dans le cas où les parties conviendraient de ne fixer le prix qu'une fois la jouissance finie ou l'ouvrage achevé : ce n'est pas là un louage, c'est un contrat innommé ;

3° Etre *sérieuse ;* si la *merces* était fictive, l'opération serait, suivant les cas, une donation ou un commodat, et il faudrait alors appliquer les règles propres à ces actes. Notons que la rescision pour cause de lésion n'est jamais applicable en matière de louage, quelle que soit la disproportion entre la prestation et le prix.

**Louage de choses.** — La *locatio-conductio rerum* est un contrat par lequel le bailleur (*locator*) s'oblige à livrer au locataire ou preneur (*conductor*) la jouissance temporaire d'une chose, en échange d'un prix dont celui-ci s'engage à lui transférer la propriété.

Digitized by Google

Ce louage peut avoir pour objet toute chose corporelle, mobilière ou immobilière, pourvu qu'elle soit dans le commerce et considérée comme corps certain. Parmi les choses incorporelles, on peut louer l'exercice de l'usufruit, les *operæ servi*, l'emphytéose, la superficie, le droit d'habitation ; au contraire, les servitudes prédiales et l'usage ne peuvent être loués à titre principal ; mais le louage d'un fonds comprend, à titre d'accessoires, les servitudes actives qui existent à son profit.

On ne peut, en principe, devenir locataire de sa propre chose ; il n'y a guère d'exception pratique que pour le nu-propriétaire.

Les obligations du bailleur et du locataire ou preneur sont toujours dans un état de corrélation étroite, à la différence de celles du vendeur et de l'acheteur, qui, une fois nées, deviennent indépendantes l'une de l'autre : il en résulte que la disparition de l'une entraîne la disparition de l'autre ; or, comme l'obligation de procurer la jouissance est *successive*, l'obligation de payer la *merces* l'est aussi ; la *merces* ne sera donc due qu'en proportion du temps pendant lequel le locataire a pu jouir de la chose.

*Effets du louage de choses.* — En l'absence de clauses qui déterminent les obligations réciproques des parties, on s'en réfère à l'usage des lieux ou à la loi. Le bailleur a à son service l'action *locati*, le locataire ou preneur l'action *conducti*.

*Obligations du bailleur.* — On peut les ramener à quatre : 1° livrer la chose ; 2° garantir de l'éviction et des vices cachés ; 3° assurer la possibilité de jouissance ; 4° rembourser les impenses nécessaires ou utiles faites sur la chose.

1° Le bailleur doit livrer la choses avec ses accessoires, c'est-à-dire remettre la détention de la chose, pour que le *conductor* puisse en user et en jouir. Le bailleur reste propriétaire et possesseur et a seul l'exercice des interdits possessoires. Il doit, avant la délivrance, veiller à la conservation de la chose louée, et est tenu de toute faute légère même *in abstracto* à raison de son intérêt dans le contrat.

2° Le bailleur doit garantir le *conductor* de l'éviction et des vices cachés. Le bailleur, étant tenu de procurer au locataire ou preneur la libre jouissance de la chose pendant toute la

Digitized by Google

durée du bail, doit le protéger contre toute éviction provenant d'une cause antérieure au contrat, c'est-à-dire du fait d'un propriétaire antérieur au bail, ou même d'une cause postérieure au contrat, c'est-à-dire d'un fait personnel au bailleur. Ainsi, je suppose que le bailleur vende la chose louée, le tiers acquéreur n'est pas tenu, à moins qu'il ne s'y soit engagé expressément, de respecter la jouissance du *conductor*, qui n'a aucun droit réel opposable aux tiers ; mais le *conductor* évincé ou expulsé a un recours contre son bailleur. Le Code civil décide aujourd'hui que l'acquéreur ne peut expulser le locataire ou preneur, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail, et que, dans le cas où il se l'est réservé, le bailleur est tenu envers le locataire ou preneur d'une juste indemnité.

Le bailleur doit également garantie pour les vices, connus ou ignorés de lui, qui empêchent ou diminuent la jouissance de la chose.

3° Le bailleur doit garantir au *conductor* la possibilité de la jouissance : il résulte de cette obligation que le bailleur doit entretenir la chose en bon état de réparations et s'abstenir lui-même de tous actes qui seraient de nature à troubler la paisible jouissance. Toutefois, si, pendant la durée du bail, la maison louée avait besoin de réparations urgentes, le locataire serait obligé de les supporter sans indemnité, pourvu qu'elles ne fussent pas de longue durée et que le trouble ne fût pas excessif. Il résulte également de l'obligation de garantir la jouissance que le bailleur doit protéger le *conductor* contre tout fait provenant d'un tiers et qui apporterait un trouble à sa jouissance : ainsi, si un voisin, en élevant un mur, enlève le jour au *conductor*, celui-ci pourra recourir contre son bailleur.

4° Le bailleur doit rembourser au *conductor* les impenses nécessaires qu'il a faites sur la chose ; il est aussi tenu de rembourser les impenses utiles, à moins que le *conductor* ne préfère les enlever sans commettre aucune dégradation.

*Obligations du locataire ou preneur.* — Trois obligations sont à sa charge : 1° payer la *merces* aux termes convenus ;

Digitized by Google

2° jouir en bon père de famille ; 3° restituer la chose à la fin du bail.

1° Il doit payer la *merces* aux termes convenus. Cette obligation est successive, comme l'obligation de procurer la jouissance. La *merces* se décompose en une série de prestations périodiques, qui cessent d'être dues, dès que cesse la possibilité de jouir de la chose : si donc la chose louée vient à périr par cas fortuit, la jouissance cessera et avec elle la dette du *conductor*. On décide également que si quelque cause fortuite diminue sensiblement pour le locataire ou preneur l'utilité de la jouissance, il aura droit à une diminution proportionnelle du loyer ou fermage ; tel est, dans un bail à loyer, le cas où le propriétaire gêne la jouissance du locataire par de grosses réparations ; tel est, dans un bail rural ou à ferme, le cas où la récolte de l'année se trouve anéantie ou considérablement réduite par un cas fortuit. Toutefois, dans ce dernier cas, la remise n'est que provisoire, et si la perte est compensée par les récoltes suivantes, le bailleur aura le droit d'exiger le terme dont le preneur avait été momentanément exonéré.

2° Le *conductor* doit jouir de la chose en bon père de famille. Il est tenu de toute faute légère même *in abstracto*. Il doit respecter la destination de la chose, prévenir l'extinction des servitudes actives, aviser le bailleur des usurpations provenant du fait d'un tiers. Il acquiert les fruits, comme l'usufruitier, par la perception. Du reste, il importe peu qu'il jouisse par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers ; il peut donc sous-louer, à moins de prohibition expresse dans le bail. Il ne répond pas des cas fortuits, qui restent à la charge du bailleur.

3° Le *conductor* doit restituer la chose à la fin du bail. Les prétentions qu'il pourrait élever à la propriété de la chose ne le dispensent pas de cette obligation ; il devra revendiquer après avoir restitué.

*Fin du louage de choses.* — La *locatio-conductio rerum* prend fin :

1° Par l'expiration du terme fixé par la convention ou, à défaut, par l'usage. Si, à l'échéance du terme, le *conductor* conti-

Digitized by Google

nue à jouir sans opposition du bailleur, il se forme, par suite de cet assentiment tacite réciproque, un nouveau contrat de bail, qu'on appelle *tacite reconduction*. Ce nouveau bail suppose évidemment que les parties sont demeurées capables de consentir et est soumis aux règles du premier bail en ce qui touche le prix. Quant au délai, la tacite reconduction est d'un an pour les biens ruraux et est laissée à la liberté des parties pour les maisons. Mais les sûretés réelles ou personnelles consenties par des tiers pour garantir le bail précédent n'accèdent pas de plein droit au second.

2° Par la perte totale de la chose; car le louage n'a alors plus d'objet.

3° Par le mutuel dissentiment.

4° Par la vente de la chose louée.

5° Par la résolution du droit du bailleur, suivant la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

6° Par la résolution demandée en justice par le bailleur, en cas d'abus de jouissance ou de défaut de paiement de la *merces* pendant deux ans, ou encore, s'il a un besoin indispensable de la maison louée pour l'occuper ou la rebâtir.

7° Par la résiliation demandée en justice par le locataire ou preneur dans le cas où sa jouissance devient impossible ou subit une interruption importante par le fait du bailleur ou d'un tiers.

Il y a lieu de remarquer que le louage de choses ne prend pas fin à la mort de l'une ou l'autre des parties contractantes; leurs obligations respectives se transmettent à leurs héritiers.

*Comparaison du louage de choses avec l'usufruit.* — La *locatio-conductio rerum* ressemble à l'usufruit, en ce qu'elle procure, comme l'usufruit, la jouissance de la chose d'autrui et l'acquisition des fruits par la perception. Elle diffère de l'usufruit sur les points suivants :

1° Le locataire ou preneur, n'ayant aucun droit réel sur la chose, peut être expulsé par l'acquéreur, à moins que celui-ci ne se soit engagé formellement à maintenir le bail; l'usufruitier, au contraire, investi d'un droit réel, a contre les tiers l'action réelle *confessoria*, des interdits quasi-possessoires, et

Digitized by Google

ne souffre pas des aliénations postérieures à la constitution de son usufruit.

2° En revanche, le locataire ou preneur est nanti d'une créance contre le bailleur pour exiger l'entretien de la chose et se faire garantir en cas d'éviction; l'usufruitier, au contraire, n'a aucune créance contre le nu-propriétaire pour exiger l'entretien de la chose; il ne peut recourir contre lui pour éviction, à moins que l'usufruit n'ait été constitué en exécution d'une obligation à titre onéreux.

3° Le locataire ou preneur est libéré par la perte fortuite de la chose; l'usufruitier, au contraire, n'est pas déchargé par l'extinction fortuite de l'usufruit des engagements qu'il a pris pour l'acquérir.

4° La *locatio-conductio rerum* est toujours un contrat à titre onéreux ; l'usufruit peut s'établir par testament ou à la suite d'une convention à titre onéreux ou gratuit.

5° La *locatio-conductio rerum* est transmissible aux héritiers ; l'usufruit s'éteint toujours à la mort du titulaire.

**Louage de services.** — La *locatio-conductio operarum* est un contrat par lequel une personne s'engage, moyennant un prix en argent, à fournir temporairement ses services à une autre personne. Le *locator* est celui qui fournit les services, par exemple, le domestique, le *conductor* est celui qui en profite, c'est le maître, qui doit payer les gages ou le salaire.

Tout fait ne rentre pas dans le louage de services; deux conditions sont exigées pour cette espèce de louage : 1° Le fait doit s'appliquer à une chose corporelle, qu'il s'agit de soigner, garder, voiturer, et non consister dans un acte juridique: ainsi, s'engager à faire un voyage dans l'intérêt de quelqu'un, s'obliger envers quelqu'un à affranchir un esclave, s'engager à postuler en justice pour autrui, ce ne sont point là des louages de services ; il y a mandat, en l'absence d'une rémunération convenue, contrat innomé, dans le cas de salaire ; 2° Le fait doit pouvoir s'apprécier exactement en argent : les textes excluent du louage les services de l'avocat, du professeur, du médecin, des nourrices ; la réclamation des honoraires ou des

Digitized by Google

gages se fera par l'action *præscriptis verbis* ou par une *cognitio extraordinaria*.

La *merces* n'est due qu'en proportion des services fournis. Mais, par un motif d'humanité, on admet que le *locator* a le droit d'exiger la *merces*, lorsqu'il n'a pu achever le travail convenu, par suite d'un cas fortuit, pourvu toutefois qu'il n'ait pas eu le moyen de s'indemniser en louant ailleurs ses services.

Le louage de services finit par l'arrivée du terme tacite ou convenu. Il finit également par la mort du *locator operarum*, car le contrat est intervenu en considération de sa personne.

**Louage d'ouvrage.** — La *locatio-conductio operis* est un contrat par lequel une personne s'oblige, moyennant un prix, à exécuter un ouvrage déterminé, par exemple, à construire une maison, à conduire un navire à telle destination, à cultiver une vigne. Ce louage se rapproche de notre entreprise à la tâche ou à forfait. Ce qui distingue le louage d'ouvrage du louage de services, c'est que, dans le louage d'ouvrage, le propriétaire livre à l'entrepreneur la chose matérielle sur laquelle celui-ci s'engage à faire l'œuvre convenue. Une difficulté s'était élevée sur la nature de l'engagement pris par un orfèvre de fabriquer, pour un prix convenu, des anneaux d'or ou d'argent dont il fournit lui-même la matière : certains jurisconsultes disaient qu'il y avait vente du métal et louage du travail ; mais l'opinion qui a triomphé admet qu'il n'y a qu'une vente des anneaux, car celui qui les avait commandés n'avait livré aucune chose sur laquelle devait s'exécuter le travail.

Par une singulière interversion, les Romains appellent ici *locator* celui qui paie la *merces* et *conductor* celui qui la touche. C'est apparemment par inadvertance que le nom de *conductor*, donné, dans le louage de services, au maître qui a la détention de la chose s'est étendu, dans le louage d'ouvrage, à celle des parties que son travail met en contact avec la chose.

La *merces* n'est due qu'en échange du travail terminé. Si la perte fortuite de l'ouvrage survient avant l'approbation des travaux par le maître, les risques sont pour l'entrepreneur, en ce sens qu'il ne peut plus réclamer la *merces*. Mais les ris-

Digitized by Google

ques sont à la charge du maître, s'il a reçu le travail ou est en demeure de le recevoir.

### III. — *De la société.*

La société est un contrat consensuel, synallagmatique parfait et de bonne foi, par lequel deux ou plusieurs personnes s'obligent à mettre en commun certaines valeurs, pour en retirer un bénéfice, ou diminuer les frais qu'aurait occasionnés une entreprise isolée.

**Eléments constitutifs.** — Quatre conditions sont exigées pour sa formation : 1° le consentement des parties ; 2° la capacité des parties ; 3° un objet possible et licite ; le contrat serait nul, si l'entreprise projetée était contraire aux lois ou à la morale ; 4° un apport ou mise à apporter par chacune des parties ; à défaut de cet élément essentiel, la société perdrait son caractère de contrat à titre onéreux et constituerait un acte de libéralité à l'égard de l'associé dispensé d'apport. Du reste, l'égalité de valeur et l'identité de nature ne sont pas exigées entre les mises sociales : dans une même société, les apports peuvent se composer de choses corporelles, de numéraire, de droits réels, de créances, du travail, de l'industrie, du crédit commercial et du nom des associés ; 5° un intérêt commun : cet intérêt se fonde ou sur une idée de spéculation commerciale ou sur le désir de diminuer des frais qu'entraîne une exploitation isolée. Le plus souvent, la société s'inspire d'une idée de bénéfice direct, *animus lucri*, de l'idée d'un gain à répartir, à la dissolution sociale : il n'importe que cet espoir de réaliser un bénéfice soit trompé ; la perte sera commune aux associés. Le bénéfice poursuivi peut consister quelquefois dans une diminution de frais, que les associés obtiendront grâce à leur action commune : c'est ainsi que deux voisins peuvent s'associer pour la réparation d'un ruisseau commun qui les borne.

Cette union de plusieurs personnes en vue d'une action commune avait deux caractères importants : l'un était l'*intuitus personæ*, c'est-à-dire que chaque associé, en contractant, prend en considération les qualités et aptitudes personnelles

Digitized by Google

de ses coassociés; l'autre un *jus fraternitatis*, qui établit un lien étroit, en quelque sorte un lien de fraternité, entre les associés, et fait de la société un contrat essentiellement de bonne foi.

En résumé, le contrat de société existe, dès que les parties capables sont tombées d'accord sur les apports respectifs à faire dans un intérêt commun et sur la répartition des gains et des pertes; il n'est besoin ni de tradition, ni d'écrit, ni de paroles solennelles.

La société ne doit pas être confondue avec l'indivision. L'état d'indivision ne dérive pas de la volonté des parties et exclut toute idée de bénéfice; en outre, l'indivision tend directement au partage, tandis que la société tend directement à assurer le fonctionnement d'une opération ou d'une exploitation.

**Règlement des parts dans les gains ou les pertes.** — La détermination des parts peut être faite par la convention des parties, ou laissée à l'arbitrage d'un tiers; en cas de silence des parties, elle est faite par la loi.

*Règlement conventionnel.* — Si les associés ont fixé conventionnellement les parts, leur volonté doit prévaloir, pourvu qu'elle ne viole pas l'équité, c'est-à-dire en respectant le *jus fraternitatis*. Les associés sont censés fixer les parts à supporter dans les pertes, lorsqu'ils fixent les parts à revenir dans les gains, et réciproquement. On admit toujours sans difficulté que les associés pouvaient répartir inégalement les gains, pourvu que la même inégalité fût réservée à la répartition des pertes: ainsi un associé peut avoir deux tiers dans le gain et la perte, l'autre un tiers seulement. On présume que cette inégalité est le résultat de l'inégalité des apports. Après controverse, il fut permis aux associés d'établir une inégalité entre les parts dans les gains et les parts dans les pertes: ainsi l'un aura deux tiers du gain et un tiers de la perte, l'autre un tiers du gain et deux tiers de la perte. Bien plus, on finit par valider la clause qui attribuait à l'un des associés une part dans le gain et l'affranchissait de toute part dans la perte. On présume que cette inégalité est la conséquence de l'inégalité des mises.

Digitized by Google

Mais il ne fut jamais permis aux associés de convenir que l'un aurait tous les gains et l'autre toutes les pertes : cette association illicite est connue sous le nom de société *léonine*, par le motif qu'elle fait à l'un la part du lion en lui attribuant tous les avantages.

Le gain ou la perte s'apprécie, non sur chaque opération profitable ou désavantageuse, mais d'après le compte général des opérations sociales dressé à la dissolution, en d'autres termes, d'après la balance des affaires bonnes ou mauvaises.

*Règlement fait par un tiers.* — Les associés ont pu convenir que la fixation des parts dans les gains et les pertes serait laissée à l'arbitrage d'un tiers. La société n'existe, dans ce cas, que si le tiers remplit la mission qui lui a été confiée. Mais son règlement n'est obligatoire pour les parties qu'autant qu'il est équitable et conforme aux apports respectifs. Les associés pourraient, d'ailleurs, par convention, confier la détermination des parts sociales à l'un d'entre eux ; c'est une différence avec la vente et le louage, où les parties ne peuvent abandonner à l'une d'entre elles la fixation du prix.

*Règlement légal.* — Dans le silence de la convention sur le règlement des parts, la fixation appartient à la loi, qui décide que les associés prendront tous des parts égales dans les bénéfices et les pertes. Il ne s'agit pas ici d'une égalité proportionnelle aux apports, mais d'une égalité arithmétique, par portion virile. Cette règle n'a rien d'injuste : en gardant le silence sur le règlement des parts, les associés ont reconnu implicitement l'équivalence de leurs apports : l'industrie de l'un peut compenser le numéraire de l'autre ; en outre, la loi romaine n'ayant pas évalué l'apport en industrie, il serait impossible de faire, dans le silence des parties, une répartition proportionnelle exacte. Le Code civil répute l'apport en industrie égal à la mise de l'associé qui a le moins apporté.

**Diverses espèces de sociétés.** — Les sociétés sont ou à titre particulier ou à titre universel, suivant l'étendue du fonds social ; en outre, elles ont un caractère privé ou sont des personnes morales.

*Sociétés à titre particulier.* — Elles sont au nombre de trois:



Digitized by Google

1° La société *alicujus rei :* c'est la société restreinte à une seule opération, à l'exploitation d'un seul objet : telle est celle relative à la cargaison d'un vaisseau ;

2° La société *alicujus negotiationis :* c'est celle qui a pour objet une série illimitée d'opérations du même commerce ou de la même industrie : telle est celle qui se forme entre marchands de blé ou de vin ;

3° La société *vectigalis :* c'est celle qui se forme entre les publicains pour le fermage des impôts.

Dans les sociétés à titre particulier, l'actif ou le passif social ne comprend que les bénéfices ou les pertes se rapportant à ce qui est exploité.

*Sociétés à titre universel.* — Elles sont au nombre de deux :

1° La société *totorum bonorum*, qui est la mise en commun de tous les biens présents et futurs, acquis à titre onéreux ou à titre gratuit. Elle a pour passif toutes les dettes présentes et futures des associés. Ne sont exclus de l'actif et du passif que le profit ou la peine provenant de faits illicites, par exemple, le profit ou la peine du vol.

Cette société, possible entre époux, leur permettait d'établir entre eux une sorte de régime de communauté. En outre, elle offrait un moyen facile d'éluder la prohibition des pactes sur succession future. La société *totorum bonorum* se distingue de toutes les autres en ce que, par dérogation aux principes généraux, la propriété et les droits réels qui appartiennent à chacun des associés lors du contrat deviennent communs à tous par le seul effet du consentement, sans aucune tradition. Cette exception est fondée sur la crainte que, par dol ou par oubli, quelqu'un des contractants ne comprît pas tous ses biens dans la tradition ; mais elle n'est pas applicable aux créances ni aux droits réels acquis dans la suite.

2° La société *omnium quæstuum*, qui exclut les biens présents et les biens qui adviennent par la suite à titre gratuit, et comprend seulement les revenus des capitaux exclus, le produit du travail des associés, et les acquisitions faites à titre onéreux durant le cours de la société. Le passif ne comprend que les dettes relatives aux acquisitions qui tombent dans l'actif.

Digitized by Google

Lorsque les parties, sans plus de précision, ont déclaré constituer une société universelle, on présume la société universelle de gains et acquêts.

*Sociétés privées, sociétés morales.* — Le caractère de personne morale ne peut résulter que d'une autorisation législative ; or, cette autorisation n'était accordée, à Rome, qu'à certaines sociétés qui touchaient à de grands intérêts publics, telles que l'association pour la perception des impôts, *societas vectigalis*, l'association pour l'exploitation des mines d'or ou d'argent. Toutes les autres sont des sociétés privées. La société qui a la personnalité civile a un patrimoine distinct de celui de chaque associé, et l'actif social sert à payer les dettes de la société par préférence aux dettes de chaque associé.

**Effets de la société.** — *Dans les rapports des associés entre eux.* — Les obligations des associés sont les mêmes pour tous, et une seule action est au service de tous : l'action *pro socio*. Ces obligations sont au nombre de deux : 1° réaliser l'apport promis ; 2° veiller aux intérêts sociaux.

1° Chaque associé doit réaliser son rapport par les procédés ordinaires, c'est-à-dire au moyen de la tradition ou de la mancipation pour les droits réels, de la *procuratio in rem suam* pour les créances, ou en exécutant les travaux relatifs à l'industrie promise. Dans la société à titre particulier, l'associé doit garantir ses coassociés contre l'éviction totale ou partielle de la chose apportée ou contre les vices qui lui enlèvent sa valeur ou diminuent sensiblement son utilité. Cette garantie n'existe pas dans les sociétés à titre universel, qui portent sur le patrimoine tel quel.

Pour les risques, il faut distinguer suivant que la mise porte sur un corps certain, sur la jouissance d'une chose, ou sur un genre ou une quantité.

L'associé a-t-il promis un corps certain, il sera libéré par la perte fortuite, qu'elle soit survenue avant ou après la réalisation de l'apport ; les risques seront toujours pour la société ; l'associé est ici assimilé au vendeur.

L'associé a-t-il promis la jouissance d'une chose, les risques seront pour lui, car son obligation, comme celle du bailleur,

Digitized by Google

consiste en prestations successives : aussi la perte de l'objet, en rendant cette obligation inexécutable, entraîne-t-elle la dissolution de la société.

L'associé a-t-il promis un genre ou une quantité, la perte, survenue avant la réalisation de l'apport, sera pour l'associé, survenue après la réalisation de l'apport, elle sera pour la société.

2° Chaque associé doit veiller aux intérêts sociaux et gérer les affaires communes, à moins que le contrat n'ait chargé spécialement l'un des associés de l'administration. Le gérant ou, à défaut de gérant, chaque associé doit communiquer à ses coassociés les bénéfices qu'il a réalisés à l'occasion de l'entreprise sociale ; à l'inverse, il a le droit de se faire restituer les avances qu'il a faites et de se faire décharger des obligations qu'il a contractées dans l'intérêt de la société.

L'associé répond, dans l'exécution de ses obligations, de son dol, de sa faute lourde et de sa faute légère appréciée *in concreto :* il doit donc à l'affaire sociale les soins qu'il apporte lui-même à ses propres affaires ; cette règle résulte de l'idée que la chose commune est la chose de chacun.

Les préjudices, résultant du dol ou de la faute d'un associé, ne pourraient se compenser avec les profits qu'il aurait pu procurer à la société dans d'autres affaires.

L'action qui sanctionne les obligations des associés est l'action *pro socio*, personnelle et de bonne foi.

*Dans les rapports des associés avec les tiers.* — La poursuite du bénéfice social nécessite des contrats multiples avec les tiers. Or, suivant le principe de la non-représentation par autrui, l'acte réalisé par un des associés ne rejaillit pas sur ses coassociés : lui seul devient propriétaire, créancier ou débiteur, exerce ou subit l'action, sous la réserve de communiquer ensuite le résultat actif ou passif à ses coassociés. Lorsque la société est représentée par un gérant, assócié ou non, c'est sur sa tête seule que se produisent les effets pratiques des actes passés avec les tiers. On applique ici le principe de la non-représentation avec les modifications qu'il a subies.

Si l'un des associés s'associe un tiers, il ne s'établit entre

Digitized by Google

les autres associés et ce tiers aucune relation, la société ne pouvant produire ses effets qu'à l'égard de ceux qui l'ont conclue.

**Dissolution de la société.** — La société se forme *intuitu personæ;* de cette observation découlent cinq modes d'extinction:

1° Le décès de l'un des associés : le mort, en supprimant la personnalité d'un associé, dissout la société ; car la société est un bloc ; elle a été formée avec tous les associés ; dès que l'un des membres vient à manquer, la loi présume que la société ne se serait pas formée avec les seuls membres qui restent. Toutefois, il est permis de convenir que la société se continuera entre les survivants ; mais on ne saurait convenir à l'avance que les héritiers du prédécédé prendront sa place dans la société ; le caractère de ce contrat répugne à l'admission de personnes inconnues. Du reste, il va de soi que les héritiers de chaque associé succèdent toujours aux conséquences actives et passives de toute opération antérieure à la mort de leur auteur. Dans la *societas vectigalis*, qui est moins une société de personnes que de capitaux, l'association se continue de plein droit entre les survivants, et une convention formelle peut faire admettre dans la société les héritiers d'un membre prédécédé.

2° La *capitis deminutio :* toute *capitis deminutio* dissolvait, au temps classique, la société ; sous Justinien, la *maxima* et la *media* produisent seules ce résultat.

3° La confiscation générale.

4° La *bonorum venditio*, qui implique la déconfiture de l'associé ; sous Justinien, la cession de biens, que fait un associé, produit l'extinction du lien social.

5° La renonciation d'un seul associé : en principe, un contrat consensuel ne peut se dissoudre que par un mutuel dissentiment ; mais, la société, étant un contrat qui ne se maintient que par l'accord persévérant des volontés, peut se dissoudre par la volonté d'un seul associé. Aucune clause ne peut supprimer ni suspendre la faculté accordée par la loi à chaque associé de dissoudre le contrat. L'associé qui veut en user doit notifier à ses coassociés son intention de renoncer à la société.



Digitized by Google

Mais la renonciation est parfois intempestive ou frauduleuse : elle est intempestive, lorsqu'elle a lieu sans motifs plausibles avant le terme fixé pour la dissolution, ou dans un moment où la dissolution de la société cause un préjudice aux associés ; elle est frauduleuse, lorsqu'elle a lieu dans le but de permettre à l'associé renonçant de s'approprier exclusivement le profit que tous les associés s'étaient proposé de retirer en commun : tel est le cas où, étant lié par une société universelle, un associé se retire pour bénéficier seul d'une hérédité déjà ouverte. Dans tous les cas de renonciation intempestive ou frauduleuse, le renonçant décharge ses coassociés de leurs obligations vis-à-vis de lui, mais ne se libère pas de ses obligations à leur égard, *socios liberat a se, non se a sociis*. Par suite, il devra, jusqu'au terme, participer à leurs pertes sans partager leurs gains, leur communiquer les avantages de l'opération qu'il voulait se réserver, et supporter seul les conséquences désavantageuses de cette opération, par exemple, tenir compte aux associés de la succession, si elle est avantageuse, et en subir seul les conséquences, si elle est grevée de dettes.

Les autres modes d'extinction sont : l'arrivée du terme convenu, l'achèvement de l'entreprise projetée, et la perte fortuite des choses mises en commun.

Après la dissolution de la société, ont lieu la liquidation de l'actif et du passif et le partage des biens indivis. L'action *pro socio* opérera la liquidation et fera exécuter les obligations des associés relatives aux indemnités qu'ils peuvent se devoir entre eux. Cette action, à raison du *jus fraternitatis* unissant les associés, ne pouvait jamais aboutir à une condamnation excédant les ressources du défendeur, *in quantum facere potest* ; mais elle imprime la note d'infamie au défendeur condamné. L'action *communi dividundo* a pour but d'opérer le partage des biens communs.

### IV. — *Du mandat.*

Le mandat est un contrat consensuel, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel le mandataire s'oblige à faire gratuitement quelque chose dans l'intérêt du mandant.

Digitized by Google

Il suppose la confiance du mandant envers le mandataire et le désir du mandataire de rendre service au mandant.

**Eléments constitutifs du mandat.** — Ce contrat exige pour sa formation : 1° l'accord des volontés du mandant et du mandataire ; cet accord peut être pur et simple, à terme ou conditionnel ; il peut être exprès ou tacite ; il peut n'intervenir qu'après l'accomplissement de l'acte intéressant le mandant, en d'autres termes, la ratification de l'acte accompli équivaut au mandat qui l'aurait précédé ; 2° la capacité des parties ; 3° un fait possible et licite, relatif à l'administration d'un patrimoine ; 4° la gratuité pour le service rendu ; la gratuité est de l'essence du mandat ; l'attribution d'un salaire attacherait à l'opération le caractère d'un louage ou d'un contrat innomé, suivant qu'il s'agirait d'un prix en argent ou d'un autre équivalent quelconque. Toutefois, les jurisconsultes de l'époque classique adoptent l'idée de mandat au lieu de celle de louage, toutes les fois que la somme promise en retour du service rendu est plutôt un don rémunératoire, *honor*, que l'équivalent du service lui-même. La voie ouverte pour exiger cette somme convenue est une *persecutio extra ordinem.*

**Différentes sortes de mandat.** — Une première distinction est fondée sur l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire : le mandat est *spécial* ou *général* ; il est spécial, quand il se restreint à des affaires déterminées, quand il fixe la limite des attributions du mandataire ; il est général, quand il se réfère à l'ensemble d'un patrimoine ; le mandat général comprend indubitablement les actes d'administration, mais non ceux d'aliénation. Toutefois, le mandat conféré *cum liberâ administratione* donne au mandataire le pouvoir de disposer à titre onéreux, mais non à titre gratuit. Du reste, la détermination des pouvoirs du mandataire est une question de fait à résoudre d'après l'intention des parties.

Une seconde distinction est fondée sur la diversité des personnes que le mandat peut intéresser : ce contrat peut se former : 1° dans l'intérêt exclusif du mandant ; 2° dans l'intérêt du mandant et du mandataire ; 3° dans l'intérêt du mandant et d'un tiers ; 4° dans l'intérêt exclusif d'un tiers ; 5° dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers.

Digitized by Google

1° *Intérêt du mandant seul* : Ainsi, le mandant charge quelqu'un de lui acheter un fonds ou de le cautionner.

2° *Intérêt du mandant et du mandataire* : On cite trois exemples du mandat intervenu dans l'intérêt collectif du mandant et du mandataire : 1° Je vous donne mandat de prêter de l'argent à intérêts à un tiers qui en a besoin pour faire mes affaires, par exemple, à mon architecte pour me bâtir une maison : intérêt du mandant, car l'argent doit servir à construire sa maison ; intérêt du mandataire, dont le capital se trouvera placé à intérêts ; 2° Je donne mandat, à mes risques et périls, à mon créancier de stipuler ce que je lui dois d'un tiers que je lui délègue ; c'est le cas de la délégation : intérêt du mandant, qui se dérobera, pour toujours peut-être, à l'action du créancier ; intérêt du mandataire, qui aura désormais deux débiteurs ; 3° Un fidéjusseur actionné donne mandat au créancier de poursuivre à sa place le débiteur principal : avantage du mandant, qui se procure ainsi un bénéfice de discussion ; avantage du mandataire, qui, s'il n'est pas payé par le débiteur, pourra recourir contre le fidéjusseur mandant par l'action *mandati contraria*, alors que sa première action est éteinte par la *litis contestatio* à la suite de la poursuite contre le débiteur principal. Ce dernier exemple a perdu sa raison d'être sous Justinien, qui a créé le bénéfice de discussion et a supprimé l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

3° *Intérêt du mandant et d'un tiers* : Ainsi, le mandant charge quelqu'un de vendre un fonds qui lui est commun avec un tiers, ou de cautionner une dette qui leur est commune.

4° *Intérêt exclusif d'un tiers* : Ce mandat n'est pas valable, en principe, car le mandant ne peut devenir créancier sans avoir un intérêt personnel à l'exécution de l'obligation. Il n'a que la valeur morale d'un conseil. Mais du jour où ce mandat a reçu un commencement d'exécution, la responsabilité du mandant se trouve engagée par suite de son immixtion par le mandataire dans les affaires du tiers et établit un rapport de mandat entre lui et le mandataire.

Jusqu'à Justinien, le mandat, dont l'accomplissement ne peut avoir lieu qu'après le décès du mandant, *post mortem*

Digitized by Google

*mandantis*, était déclaré nul ; cette opinion des jurisconsultes classiques s'appuyait sur cette considération qu'un droit ne peut naître dans la personne des héritiers, sans s'être fixé tout d'abord sur la tête de leur auteur.

5° *Intérêt du mandataire et d'un tiers* : Je vous donne mandat de prêter de l'argent à intérêt à un tiers. Ce mandat, n'offrant aucun intérêt pour le mandant, est nul, en principe. Il ne vaut qu'à titre de recommandation. Mais, dès que le mandataire a commencé l'exécution de son mandat, le mandat devient valable et produit les actions *mandati* ; car le mandant est, dès lors, intéressé à raison de son immixtion par la personne du mandataire dans les affaires d'autrui.

On ne peut guère concevoir un mandat dans l'intérêt du mandataire seul : si je dis à quelqu'un d'acheter des immeubles ou de faire construire une maison, il n'y a là qu'un simple conseil, il n'y a pas de mandat.

**Effets du mandat.** — *Dans les rapports du mandant et du mandataire.* — Le mandat n'oblige, dès sa formation, que le mandataire ; le mandant n'est obligé qu'accidentellement. Les actions qui naissent de ce contrat sont : l'action *mandati directa*, au profit du mandant pour l'exécution des obligations du mandataire ; l'action *mandati directa* est infamante ; l'action *mandati contraria*, qui peut naître accidentellement au profit du mandataire contre le mandant.

Le mandataire est tenu de deux obligations : 1° exécuter fidèlement le mandat ; 2° rendre compte de sa gestion.

1° Exécuter fidèlement le mandat : exécuter fidèlement le mandat, c'est accomplir la mission confiée suivant les intentions du mandant, sans dépasser les limites fixées par la convention. En conséquence, le mandat doit être considéré comme inexécuté : 1° lorsque le mandataire n'a pas agi ; 2° lorsqu'il a fait une affaire étrangère au mandat : ainsi, chargé d'acheter une maison, il a acheté un fonds de terre ; 3° lorsqu'en faisant l'affaire convenue, il a dépassé les bornes qui lui étaient prescrites : dans ce cas, il ne pourra imposer au mandant les conditions excessives de ses opérations : ainsi, s'il cautione pour 110, alors qu'il était chargé de ne caution-

Digitized by Google

ner que pour 100, le mandant ne sera obligé que pour 100. Supposons maintenant qu'il achète pour 110 une maison qu'il avait été chargé d'acheter pour 100 : le mandant est-il obligé d'accepter l'opération, si le mandataire prend l'excédent à sa charge? Les Sabiniens répondaient négativement, par le double motif que l'acte de vente ne pouvait se décomposer comme le cautionnement et que forcer le mandant à accepter au prix convenu avec lui, c'était le mettre à la merci du mandataire, qui garderait la chose même à 110, si l'opération était bonne, et l'abandonnerait au mandant à 100, si elle était mauvaise. Les Proculiens assimilaient la vente au cautionnement. Justinien confirma cette dernière opinion, en décidant que le mandataire pourra forcer le mandant à prendre la chose au prix convenu entre eux, pourvu toutefois qu'il n'en puisse résulter aucun préjudice pour le mandant On évite ainsi au mandataire l'infamie encourue par suite d'une condamnation prononcée après l'exercice de l'action *mandati directa*.

Le mandataire est responsable de toute faute légère *in abstracto*, dans l'exécution de ses obligations : la confiance que suppose le mandat impose la plus exacte diligence.

2° Rendre compte de sa gestion, c'est-à-dire transférer au mandant tous les droits qu'il a acquis dans l'intérêt de celui-ci, la propriété et les autres droits réels par les modes d'acquérir ordinaires, les créances par la *procuratio in rem suam*.

Les obligations du mandant proviennent toutes de cette idée que le mandataire, en rendant un service gratuit, ne doit pas subir de préjudice. On peut les ramener à trois :

1° Le mandant doit recevoir les objets acquis en exécution du mandat et dont la garde est lourde pour le mandataire.

2° Il doit rembourser au mandataire toutes les dépenses conformes aux termes du mandat, alors même qu'elles auraient été infructueuses, ainsi que les dépenses imprévues qui, non contraires à l'esprit du mandat, ont produit un bénéfice pour le mandant.

On pourrait conclure des principes généraux que le mandant doit également indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a éprouvées à l'occasion de la gestion, sans qu'il y ait

Digitized by Google

imprudence de sa part : toutefois, les textes décident que si des brigands dépouillent le mandataire dans un voyage qu'il fait pour le mandant, ce dernier n'est pas tenu de l'indemniser. Cette règle s'accorde mal avec l'étroite responsabilité du mandataire.

3° Le mandànt doit décharger le mandataire des obligations régulièrement contractées dans son intérêt, soit en les acquittant lui-même, soit en libérant le mandataire par la novation ou le constitut.

Le mandant répond, dans l'exécution de ses obligations, de toute faute même légère *in abstracto*, car il a tout l'avantage du contrat.

*Dans les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers.* — Le mandataire ne représente pas le mandant dans ses relations avec les tiers. Il ne peut aliéner un droit réel appartenant au mandant par les modes civils, *mancipatio, in jure cessio*, qui ne sont accessibles qu'au titulaire du droit. Il en est différemment pour les biens susceptibles de tradition. De même, le mandataire ne peut acquérir directement un droit réel au mandant par les modes civils : l'acquisition s'arrête sur la tête du mandataire, qui doit ensuite la retransférer au mandant. Mais les biens susceptibles de tradition échappent à cette double translation. En ce qui concerne les obligations, le mandataire contracte en son nom, c'est lui qui devient créancier ou débiteur. La cession d'actions et, plus tard, les actions utiles, données d'abord aux tiers *ad exemplum institoriæ*, et ensuite au mandant, modifient le principe rigoureux de la non-représentation.

**Fin du mandat.** — Le mandat est formé en considération de la personne, *intuitu personæ*. Il en résulte que ce contrat s'éteint :

1° Par la volonté du mandant : toutefois, le mandant ne pourrait révoquer le mandat dans le cas où les tiers ont un droit acquis à ce que les pouvoirs du mandataire ne soient pas retirés ; c'est ce qui arrive pour l'*adstipulator* ou l'*adjectus solutionis gratiâ*.

2° Par la volonté du mandataire : le mandataire peut renon-

Digitized by Google

cer au mandat pour des motifs légitimes, tels que la maladie ou l'insolvabilité du mandant; mais sa responsabilité subsiste, si sa renonciation est injustifiée.

3° Par la mort du mandant ou du mandataire.

Les tiers qui traitent de bonne foi avec le mandataire, après sa révocation, sa renonciation ou la mort du mandant, ont droit au maintien de leurs actes : ainsi le paiement fait par un débiteur entre les mains d'un mandataire dans l'ignorance de sa révocation est libératoire.

Lorsque le mandataire continue sa gestion, dans l'ignorance de sa révocation ou de la mort du mandant qui a dissous le contrat, il peut, au moyen de l'action *mandati*, qui survit au contrat, grâce à la bonne foi du mandataire, exiger que le mandant ou ses héritiers prennent ses actes pour leur compte.

Le mandat prend encore fin par l'arrivée du terme ou de la condition résolutoire, par l'exécution de la mission confiée ou par l'impossibilité d'exécution non imputable au mandataire.

## Section IV. — Extension du système primitif des contrats. Théorie des pactes.

Les pactes consensuels clôturent la liste des contrats de l'ancien droit civil ; mais, sous l'influence des mœurs et sous la pression des besoins sociaux, il se forma lentement et progressivement, à côté du système primitif des contrats, un système nouveau, qui fait le plus grand honneur à l'esprit de réforme du préteur et des jurisconsultes : ce système nouveau, c'est la théorie importante des pactes, à laquelle se rattache étroitement l'étude des contrats innomés, qui ne sont que des pactes reconnus par la jurisprudence.

**Notions générales sur les pactes**. — La convention ou accord de volontés en vue de produire un effet juridique reçoit le nom de *contrat*, quand elle est munie d'une action par le droit civil, et celui de *pacte*, quand elle est dépourvue de toute action. Nous connaissons déjà le grand principe de l'ancien droit, d'après lequel le simple consentement, non revêtu des formes requises, est dénué de tout effet juridique. Toutefois, ce

Digitized by Google

principe rigoureux comportait bien quelques exceptions dès l'origine : ainsi les contrats consensuels ne sont,en réalité, que des pactes obligatoires, qui peuvent se dissoudre par le mutuel dissentiment, dépourvu de toute forme solennelle ou matérielle. La loi des Douze Tables reconnaissait également au pacte la force d'éteindre de plein droit les deux actions de vol et d'injure ; mais, en dehors de là, le droit civil ancien refuse aux pactes la force de créer ou d'éteindre une obligation.

Mais, des modifications progressives furent apportées à l'ancien principe de l'inefficacité du simple consentement. Dans certains cas, le pacte pourra produire un effet *ipso jure* et sera sanctionné par une action.

A cette théorie des pactes se rattachent : 1° celle des pactes nus ; 2° celle des pactes adjoints ; 3° celle des contrats innomés; 4° celle des pactes légitimes; 5° celle des pactes prétoriens.

## I. — *Des pactes nus.*

On appelle *pacta nuda* les conventions isolées, ne se rattachant à aucune opération juridique, et dépourvues de toute action. A l'origine, le pacte nu est dénué de tout effet juridique. Mais, plus tard, le préteur, désireux de protéger toute convention licite et conclue de bonne foi, attacha au pacte, non une action, mais une exception : ainsi était respectée la lettre du droit civil : *nuda pactio actionem non parit, sed parit exceptionem.* Quels étaient les effets de cette exception? S'agit-il d'un pacte tendant à créer une obligation, *ad obligandum,* ce pacte restera sans effet jusqu'au moment où le créancier sera dans une situation à pouvoir invoquer l'*exceptio pacti conventi*, qui n'est qu'un dérivé de l'*exceptio doli :* il faut supposer pour cela que le débiteur, après avoir payé volontairement, s'avise de répéter par la *condictio indebiti ;* il sera repoussé par l'exception de pacte. Il est donc certain que le pacte nu peut produire une obligation naturelle rendant un paiement possible et définitif. S'agit-il d'un pacte tendant à éteindre une obligation, *ad liberandum*, tel que le pacte *de non petendo*, son exécution sera



Digitized by Google

toujours assurée ; car le débiteur poursuivi paralysera par l'exception de pacte l'action conservée par le droit civil.

### II. — *Des pactes adjoints.*

On appelle pactes adjoints, *pacta adjecta*, des conventions non revêtues des formes civiles, qu'on ajoute accessoirement à un contrat ou à une *datio* valables, pour en éteindre ou en diminuer les effets ordinaires.

**Pactes adjoints à un contrat.** — Il faut distinguer deux cas : 1° celui d'un pacte adjoint *ex intervallo*, c'est-à-dire qui n'accompagne pas la conclusion du contrat et survient après coup ; 2° celui d'un pacte adjoint *in continenti*, c'est-à-dire qui précède, accompagne ou suit sans intervalle la conclusion du contrat.

Le pacte ajouté après coup (*ex intervallo*), tendant à revenir sur des résultats déjà produits, soit qu'il ait pour but d'augmenter les obligations du contrat, soit qu'il ait pour but de les diminuer, ne crée jamais qu'une exception, sans qu'il y ait à distinguer entre les contrats de droit strict et ceux de bonne foi. Il y a lieu d'observer, à cet égard, que l'*exceptio pacti* est toujours sous-entendue dans les *judicia bonæ fidei*, tandis qu'elle doit toujours être insérée dans la formule des *judicia stricti juris*. Remarquons également que, suivant la règle dérogatoire au droit commun que les contrats consensuels se forment et s'éteignent *mutuo consensu*, le pacte ajouté *ex intervallo* à un contrat consensuel produit un effet *ipso jure*, soit pour diminuer, soit pour augmenter l'obligation, pourvu qu'il se réfère à des éléments essentiels du contrat, par exemple, à la diminution ou l'augmentation du prix d'une vente ; mais ce même pacte n'opère que par voie d'exception, s'il tend seulement à modifier le contrat consensuel dans ses éléments accidentels.

Le pacte ajouté sur le champ (*in continenti*) à un contrat n'opère pas uniformément dans tous les contrats :

Dans les contrats de bonne foi, il est considéré comme une clause même du contrat, en faisant partie intégrante. Il oblige donc au même titre que le contrat lui-même. Il en résulte que les obligations ajoutées sont sanctionnées par l'action du con-

Digitized by Google

trat, et que celles qu'il supprime sont éteintes de plein droit. Ce n'est, d'ailleurs, là qu'une conséquence du pouvoir qu'a le juge de se prononcer en cette matière *ex æquo et bono*.

Dans les contrats de droit strict, la réaction contre le rigorisme du droit civil fut plus lente à prévaloir. Nous savons que l'obligation créée par un contrat de droit strict se mesurait sur le fait extérieur de la *causa civilis* ; or, comment un pacte, étranger à la *causa civilis*, pourrait-il modifier l'obligation ? Pourtant, de bonne heure, le secours prétorien de l'exception fut accorder pour faire respecter le pacte qui augmentait ou diminuait l'obligation dans un contrat de droit strict. Plus tard, les jurisconsultes apportèrent de nouveaux tempéraments à cette logique rigoureuse. Ils admirent d'abord que le pacte adjoint *in continenti* à une stipulation pour diminuer l'obligation formerait une clause du contrat et opèrerait de plein droit ; ils finirent ensuite par décider que le pacte ajouté *in continenti* à la stipulation, pour en augmenter les effets, serait également protégé par l'action *ex stipulatu*. Déjà, à l'époque classique, le pacte adjoint *in continenti* au *mutuum* a une force obligatoire *ipso jure*, qu'il augmente ou diminue l'obligation. On peut ainsi établir la corréalité entre les emprunteurs, fixer un terme ou un lieu pour le remboursement, concéder au débiteur le droit de se libérer partiellement. Toutefois, il faut remarquer que le pacte d'intérêts adjoint *in continenti* au *mutuum* d'argent ne fut jamais valable *ipso jure*, même sous Justinien. Cette restriction tient à la formule de l'action du *mutuum*, dont les termes limitent immuablement à la quantité prêtée le montant de la condamnation. En résumé, dans le dernier état du droit, les contrats de droit strict sont à peu près assimilés aux contrats de bonne foi, au point de vue des effets des pactes adjoints.

**Pactes adjoints à une datio.** — Ces pactes sont ceux qu'on ajoute à un mode translatif de propriété ou créateurs de droits réels pour en modifier les effets.

Tout d'abord, le pacte adjoint *ex intervallo* à une *datio* ne vaut, comme dans les contrats, que par voie d'exception.

Quant au pacte adjoint *in continenti* à une *datio*, il y a lieu de distinguer trois cas :

Digitized by Google

1° Le pacte adjoint *in continenti*, qui tend à restreindre les effets normaux de l'aliénation, est valable *ipso jure :* c'est ainsi qu'on peut différer à l'aide d'une condition ou d'un terme l'effet translatif de la tradition; c'est ainsi encore qu'on peut se réserver une servitude dans l'aliénation d'un fonds par mancipation.

2° Le pacte adjoint *in continenti*, qui tend à aggraver les effets ordinaires de l'aliénation en obligeant l'acquéreur à retransférer la propriété de la chose ou de la valeur qu'il reçoit, produit un effet *ipso jure* et est sanctionné par une *condictio sine causâ*, fondée sur ce que la translation de propriété manque désormais de cause, ou par une *actio fiduciæ*, lorsque la promesse de restituer a le caractère d'un pacte de fiducie : tels sont, notamment, les cas de la donation à cause de mort sous condition résolutoire, du gage et du dépôt constitués par une aliénation fiduciaire.

Dans ce second cas, l'obligation de l'acquéreur était exactement conforme à la *datio*.

3° Le pacte adjoint *in continenti*, qui tend à aggraver les conséquences normales de l'aliénation en obligeant l'acquéreur à restituer plus qu'il n'a reçu, ou autre chose ou à exécuter un fait en retour, n'était pas valable, à l'origine, parce que l'obligation mise à la charge de l'acquéreur n'était pas conforme à la *datio ;* celui qui avait livré sa propre chose ne pouvait donc obliger l'autre à donner la sienne et n'avait, pour reprendre ce qu'il avait livré, que la *condictio ob rem dati*. Mais, plus tard, les obligations des deux parties furent sanctionnées par l'action *præscriptis verbis*. Ce troisième cas se rattache étroitement à la théorie des contrats innomés.

## III. — *Des contrats innomés*.

**Idée générale.** — Le contrat innomé n'est, au fond, qu'un pacte validé par la jurisprudence. Au jour où la théorie a été complètement élaborée, on peut le définir : un pacte synallagmatique qui s'est transformé en contrat par l'exécution qu'il a reçue de l'une des parties. D'après cette définition, trois éléments sont nécessaires pour former un contrat innomé :

Digitized by Google

1° Une convention bilatérale, qui tend à mettre une prestation à la charge de chaque partie. On sait que toutes les prestations possibles peuvent se ramener à deux objets, *dare* ou *facere*. Mais ces mots ont ici un sens large : *dare* signifie transférer la propriété quiritaire ou prétorienne, aliéner un fonds provincial, constituer une servitude, une hypothèque, une emphytéose, en un mot, il désigne toute aliénation valable, c'est-à-dire émanée d'un propriétaire capable ; *facere* comprend le fait actif comme l'abstention ; ce fait peut être juridique, comme une acceptilation ou un affranchissement, ou non juridique, pourvu qu'il puisse s'apprécier en argent. Il est facile de voir que toutes les formes du contrat innomé rentrent dans l'une des quatre classes suivantes : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias ;* voilà bien toutes les combinaisons de l'échange: produit contre produit, produit contre service, service contre produit, service contre service.

2° L'exécution volontaire par l'une des parties de la prestation à sa charge, en vue d'obtenir celle à la charge de l'autre partie.

3° Absence de sanction civile antérieure relativement à la convention, soit en elle-même, soit exécutée par l'une des parties : en d'autres termes, il ne faut pas que cette convention constitue un contrat nommé, c'est-à-dire déjà sanctionné par une source de droit. Car la qualification d'innomé ne provient pas de ce que ces contrats n'auraient pas de nom, puisque l'échange, le type de ces contrats, s'appelle *permutatio*, mais de ce qu'ils ne sont pas compris dans les quatre classes primitives de contrats et ne sont pas sanctionnés par une action de leur nom.

Pour bien apprécier le caractère des contrats innomés, plaçons-nous sur le terrain des faits : je conviens de vous transférer la propriété d'une maison en échange d'un fonds de terre que vous convenez de me transférer (*do ut des*) ; je conviens de vous donner une somme en retour d'un affranchissement que vous consentez à faire (*do ut facias*) ; je conviens de faire un affranchissement en retour d'une somme que vous consentez à me donner (*facio ut des*) ; je conviens de faire un voyage à Car-

Digitized by Google

thage dans votre intérêt en retour d'un voyage que vous ferez pour moi à Capoue (*facio ut facias*). Ces conventions sont inefficaces d'après le droit civil. Mais si au simple pacte, inopérant par lui-même, vient s'ajouter un fait d'exécution, le transfert de la maison, le versement de la somme, l'affranchissement de l'esclave, le voyage à Carthage, ce fait d'exécution donne une cause à l'obligation de l'autre partie, qui sera, dès lors, engagée et tenue d'accomplir à son tour sa prestation ; faute de quoi, elle y sera contrainte par l'action *præscriptis verbis*.

**Formation progressive des contrats innomés.** — La théorie des contrats innomés a été élaborée lentement et progressivement par la jurisprudence. Dans cette formation successive, deux phases peuvent être distinguées :

*Première phase :* A l'origine, il n'y a pas de lien contractuel et, par suite, pas d'action contractuelle, en dehors des contrats consacrés par l'ancien droit civil. Ainsi la personne qui a exécuté la prestation convenue, à la suite d'un pacte synallagmatique, n'a aucune action pour exiger la prestation de l'autre partie ; mais, d'après le droit commun, elle ne sera pas entièment désarmée.

Dans le cas où la prestation accomplie consistait dans une dation (*negotium do ut des* ou *do ut facias*), l'auteur de la dation pouvait répéter la chose transférée par une *condictio ob rem dati* ou *condictio causa data, causa non secuta*, action non contractuelle fondée sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. La partie qui a livré peut encore, puisqu'il n'existe aucun lien contractuel, exercer le *jus pœnitendi*, qui est le droit de revenir sur la dation et de répéter sa chose en notifiant à l'autre partie le regret d'avoir livré : ce *jus pœnitendi* est sanctionné par la *condictio ex pœnitentiâ*. Les conséquences du défaut de lien contractuel sont regrettables pour l'une et l'autre des parties : elles le sont pour l'auteur de la dation, car il supporte les risques de l'objet qu'il a livré ; si cet objet périt fortuitement, il n'a plus de *condictio* et ne peut rien réclamer ; en cas de perte partielle ou de détérioration, il doit reprendre sa chose telle qu'elle est, sans pouvoir se plaindre de la négligence de celui qui l'avait reçue ; car, ce-

Digitized by Google

lui-ci, passible d'une *condictio*, ne répond pas de son fait actif; elles le sont pour l'acquéreur, car il est passible de la *condictio*, même dans le cas de perte fortuite de l'objet qu'il doit livrer en retour.

Dans le cas où la prestation accomplie consistait dans un fait (*facio ut des* ou *facio ut facias*), la *condictio* ne peut s'exercer, puisqu'on ne repète pas un fait. Mais les jurisconsultes finirent par donner à l'auteur du fait l'action prétorienne *de dolo* contre celui qui, volontairement, n'exécutait pas la prestation convenue en retour : cette action *de dolo* se justifiait ici par le motif que celle des parties qui profitait volontairement de la prestation exécutée par l'autre sans donner ou faire l'équivalent convenu commettait un dol. L'action de dol ne constituait encore qu'une ressource insuffisante pour la partie qui avait exécuté ; car elle n'était possible que dans le cas où l'inexécution de l'autre partie était dolosive ; en outre, elle était annale, et après l'année ou contre les héritiers de l'auteur du dol, elle se restreignait à la mesure de l'enrichissement du défendeur, au lieu de comprendre tout le préjudice subi par le demandeur ; enfin, elle entraînait la note d'infamie contre le condamné.

*Seconde phase :* De ces divers moyens de protection, qui faisaient abstraction de l'idée de contrat, la jurisprudence finit, après de longues controverses entre les jurisconsultes, par s'élever à la théorie très rationnelle, qui considérait la prestation accomplie par l'une des parties comme une cause d'obligation pour l'autre partie : dès lors, était reconnu le lien contractuel, et l'auteur de la prestation était en droit d'exiger la prestation de l'autre partie. Cette doctrine triomphe d'abord dans le *negotium do ut des* et le *negotium do ut facias*, à raison du caractère juridique et plus manifeste de la dation : le pacte ajouté à une dation devait, dès lors, y trouver plus facilement sa cause obligatoire. Les faits, au contraire, n'ont pas tous un caractère juridique et manquent souvent de précision. Toutefois, par un nouveau progrès, on ne tarda pas à reconnaître le lien contractuel dans le *negotium facio ut facias :* on fit remarquer qu'un fait avait pour équivalent un autre fait et que

Digitized by Google

les deux parties étaient sur un pied d'égalité. Mais la résistance fut plus longue pour le *negotium facio ut des*, par le motif qu'un fait semblait impuissant à contrebalancer la dation. Cependant, un rescrit d'Alexandre Sévère consacre le lien obligatoire même dans ce dernier cas.

Le lien contractuel une fois reconnu, il fallait le sanctionner. Or, quelle action serait donnée pour le sanctionner? Sur ce point, une divergence s'établit entre les deux écoles :

Les Sabiniens proposèrent d'attacher au contrat innomé, à titre d'action utile, l'action du contrat nommé le plus analogue : ainsi, ils faisaient produire à l'échange (*do ut des*) une action *in factum proxima empti*, aux *negotia* se rapprochant du louage ou du mandat une action *in factum proxima locati* ou *mandati*.

Les Proculiens voulaient, au contraire, une action spéciale pour une espèce distincte de contrats. Or, Labéon, chef de l'école proculienne, avait créé une action contractuelle *præscriptis verbis* pour certains cas se rattachant au droit civil, mais où l'on pouvait hésiter sur la nature du contrat ou sur le rôle des contractants : par exemple, quand on charge des marchandises sur mon navire qui doit les transporter dans un certain lieu, suis-je bailleur du navire, *locator navis*, ou entrepreneur de transport, *conductor mercium vehendarum*? aurai-je à mon service l'action *locati* ou *conducti*? Pour éviter une déchéance résultant d'une action incertaine, Labéon avait imaginé l'action *præscriptis verbis*, ainsi appelée, parce qu'en l'absence d'un nom spécial pour désigner l'opération, l'exposé du fait devait se trouver en tête de la formule : *præscripta verba*. Cette action contractuelle devait logiquement être appliquée aux contrats innomés, puisqu'elle se donnait dans tous les cas où il n'y aurait pas d'autre action contractuelle. L'opinion des Proculiens prévalut.

L'action *præscriptis verbis* présente cinq caractères : 1° elle est civile, puisqu'elle a sa source dans les réponses des prudents; 2° perpétuelle ; 3° *concepta in jus*, car l'*intentio* pose au juge une question de droit; 4° *incerta*, parce que la prétention du demandeur a pour objet une chose indéterminée ; 5° de

Digitized by Google

bonne foi, comme toute action qui sanctionne un contrat synallagmatique : elle appartient, en effet, aux deux parties, à celle qui a exécuté pour obtenir l'exécution de la prestation équivalente ou la réparation du préjudice que lui cause l'inexécution, et, dans le cas d'une exécution réciproque, à celle des parties qui peut se plaindre d'un accomplissement incomplet de l'obligation.

Cette action est la sanction générale et normale des contrats innomés ; elle peut être invoquée dans tous les contrats innomés. Il y a même lieu d'observer que, lorsque l'exécution qui a transformé en contrat la convention originaire consiste dans un fait, l'action *præscriptis verbis* est la seule sanction des obligations qui en résultent.

Mais, lorsqu'il s'agit d'une dation, l'auteur de la dation a le choix entre l'action *prescriptis verbis* et la *condictio ob rem dati*, c'est-à-dire entre l'exécution et la résolution du contrat. La *condictio ob rem dati* offrira un avantage à l'auteur de la dation, lorsque, depuis la livraison, la valeur de la chose livrée se sera accrue, ou lorsque la chose due en échange s'est détériorée. Toutefois, la *condictio* n'est plus désormais recevable que dans le cas où l'autre partie s'est mise, par son dol ou sa faute, hors d'état d'exécuter ou a été mise en demeure d'exécuter : ainsi comprise, la *condictio* est très facile à justifier : car l'auteur de la dation n'aliène que sous la condition résolutoire de reprendre l'objet, si l'autre partie ne remplit pas sa promesse. Il suit de là que les contrats innomés dans les *negotia do ut des* et *do ut facias* sont affectés d'une condition résolutoire tacite qui ne se rencontre pas dans les autres contrats. Ajoutons que la *condictio* n'est plus désormais possible, lorsque, par l'effet d'un cas fortuit, l'obligation de l'autre partie ne peut plus être exécutée ; en d'autres termes, les risques sont pour le créancier, suivant les principes généraux.

Quant à la *condictio ex pœnitentiâ*, elle n'est plus admise, depuis le jour où est reconnu le lien obligatoire, que par exception dans des cas strictement limités, où l'opération juridique intervenue entre les parties se rapproche du mandat, contrat essentiellement révocable : par exemple, je vous donne de



Digitized by Google

l'argent pour faire un voyage dans mon intérêt ou pour affranchir un esclave. En dehors de ces cas, la partie qui a exécuté n'a plus le *jus pœnitendi*, ne peut plus se repentir.

**Des principaux contrats innomés.** — Les contrats innomés les plus importants sont : l'échange, le contrat estimatoire, le précaire, la transaction et le partage amiable.

*Echange.* — L'échange (*permutatio*) est le *negotium do ut des*, par lequel les parties conviennent de se tranférer réciproquement en propriété une chose pour une autre. Il se rapproche beaucoup de la vente, qui n'est que l'échange d'une chose contre un prix ; en outre, dans l'échange, comme dans la vente, les risques sont pour le créancier ; celui-ci ne peut donc répéter la chose qu'il a livrée si celle promise en retour périt par cas fortuit. Mais des différences importantes séparent ces deux contrats :

1° La vente se forme par le seul consentement ; l'échange n'est transformé en contrat que par le transfert en propriété de l'une des choses convenues. Il en résulte que l'échangiste qui a livré la chose d'autrui ne peut exercer l'action *præscriptis verbis* en vue d'obtenir la dation convenue en retour.

2° La vente donne à chaque contractant un rôle distinct et une action différente ; dans l'échange, les deux parties jouent le même rôle, ont une obligation semblable et sont investies de la même action. Elles cumulent le double rôle de vendeur et d'acheteur. Il en résulte qu'elles pourront invoquer les actions édilitiennes qui, dans la vente, sont réservées à l'acheteur.

3° La vente suppose un seul transfert de propriété : celui du prix ; l'échange exige deux transports ; si donc la partie à laquelle une dation valable a été faite livre à l'autre la chose d'autrui, elle est immédiatement passible de l'action *præscriptis verbis* ou de la *condictio*.

4° La vente ne donne au vendeur que l'action *venditi* et à l'acheteur que l'action *empti* ; l'échange donne à l'échangiste l'action *præscriptis verbis*, pour poursuivre l'exécution du contrat, et la *condictio* pour le faire résoudre.

*Contrat estimatoire.* — C'est le contrat par lequel l'une des parties livre une chose avec estimation à l'autre partie, qui

Digitized by Google

s'engage à la vendre et à en tenir compte au prix d'estimation convenu, ou à la rapporter si elle ne trouve pas d'acheteur. L'excédent du prix d'estimation est attribué à la personne chargée de vendre. Les risques sont supportés par elle, si elle a offert spontanément ses services ; ils sont supportés par l'auteur de la dation, s'il a pris l'initiative de la convention.

*Précaire.* — Le précaire est un acte par lequel on concède gratuitement à une personne, sur sa prière, la possession d'une chose, à la charge de la restituer à première réquisition, *ad nutum*. Le précaire trouve son origine, suivant une conjecture assez vraisemblable, dans l'habitude qu'avaient les patriciens de concéder à leurs clients, sous réserve de révocation *ad nutum*, des portions de terre de l'*ager publicus*, dont ils obtenaient des concessions importantes. Plus tard, l'usage du précaire devint général : en matière de gage, il avait l'avantage de concilier la sûreté du créancier avec le désir de laisser au débiteur l'usage de la chose engagée.

A l'origine, le précaire ne crée qu'une relation de pur fait : le précariste n'était passible d'aucune action personnelle pour la restitution, et le concédant devait recourir à la revendication pour recouvrer sa chose. Mais, de bonne heure, le préteur permit au concédant de réclamer sa chose par l'interdit *de precario*. Enfin, on finit par voir dans le précaire un contrat innomé, à raison de la naissance de l'obligation du précariste après la tradition de la chose : dès lors, il fut sanctionné par l'action *præscriptis verbis*.

Le précariste est investi envers les tiers d'une véritable possession, qu'il peut faire respecter par les interdits possessoires ; il bénéficie des fruits tant que la restitution ne lui est pas réclamée.

*Transaction.* — C'est la convention par laquelle deux personnes terminent ou préviennent une contestation, en sacrifiant réciproquement une partie de leurs prétentions. De cette définition on peut dégager trois éléments constitutifs : 1° capacité d'aliéner chez les parties ; 2° droit litigieux ou, tout au moins, douteux ; 3° sacrifice réciproque, car la renonciation d'un seul constituerait un acte de libéralité. La transaction

Digitized by Google

rentre dans les contrats innomés : c'est, en effet, l'exécution de l'une des parties qui rend obligatoire la prestation convenue par l'autre. Quels sont les effets de la transaction ? Entre les parties, l'effet de la transaction équivaut à la chose jugée. Elle ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit ou pour cause de lésion. Mais la transaction peut être rescindée pour cause d'erreur sur l'objet du différend, pour cause d'inexistence du différend, ou encore pour cause de dol ou violence. A l'égard des tiers, elle ne produit aucun effet, mais si la transaction contient la remise d'une dette, à laquelle sont intéressés plusieurs débiteurs, tous sont libérés.

*Partage amiable.* — La convention de partage ou pacte par lequel des communistes conviennent de faire cesser l'indivision se transforme en contrat dès que ce pacte, par lui-même inefficace, a été exécuté au moins par l'une des parties : il est sanctionné, dès lors, par l'action *præscriptis verbis*.

### *IV. — Des pactes légitimes.*

On appelle ainsi les conventions munies d'action par les constitutions impériales et sanctionnées par une *condictio ex lege*. Les principaux pactes légitimes sont le pacte de donation et le pacte de dot.

**De la donation en général.** — La donation est tout acte par lequel le donateur, dans un esprit de libéralité, s'appauvrit pour enrichir le donataire. Trois éléments essentiels se dégagent de cette définition : 1° esprit de libéralité, *animus donandi*, chez le donateur : le débiteur qui paie une dette naturelle, l'héritier qui acquitte intégralement les legs sans retenir la part à laquelle il a droit, et tous ceux qui, par délicatesse, obéissent à une contrainte morale, n'ont pas une intention de pure libéralité ; 2° appauvrissement du donateur, qui remplit cette condition soit en diminuant son patrimoine d'un droit acquis, soit en se privant d'un droit qu'il lui est loisible d'acquérir immédiatement ; 3° enrichissement du donataire : cette condition exige que le donataire retire de l'appauvrissement du donateur un avantage pécuniairement appréciable. Ainsi on ne fait pas une donation à l'esclave en l'affran-

Digitized by Google

chissant; en acquérant la liberté, il ne s'enrichit pas d'une chose qui compte dans le patrimoine.

Le donateur peut réaliser son intention de libéralité : 1° par voie de dation, lorsqu'il transfère gratuitement un droit réel par la mancipation ou la tradition ; 2° par voie d'obligation, lorsqu'il contracte un engagement dans la forme *verbis* ou *litteris*, sans compensation actuelle ou future ; la convention de donner ne devient un pacte légitime que dans le dernier état du droit ; 3° par voie de libération, lorsque le donateur, créancier du donataire, lui fait remise de sa dette par l'acceptilation. La dation était vraisemblablement le seul mode pratiqué à l'origine, si l'on considère le sens étymologique du mot donation (*dono-datio*).

De ces notions, il est facile de dégager la nature propre de la donation. C'est une juste cause d'acquisition, mais ce n'est par elle-même ni un mode d'acquérir, ni un mode d'obligation ou de libération ; elle est l'effet réalisé à titre gratuit de la mancipation, de la stipulation ou de l'acceptilation. C'est seulement à partir d'Antonin le Pieux que la convention de donner devient, dans certains cas, un pacte légitime et obligatoire.

Se rattachent à l'étude des pactes légitimes la donation entre-vifs, la dot et la donation *propter nuptias*.

**Donation entre-vifs. — Définition.** — La donation entre-vifs est celle par laquelle le donateur se dépouille à titre gratuit, actuellement et irrévocablement, d'une chose ou d'un droit au profit du donataire qui l'accepte. D'abord, le dépouillement du donateur et l'investissement du donataire se produisent immédiatement : *donner et retenir ne vaut,* disait-on dans l'ancien droit français ; en outre, le donateur ne peut pas, en principe, reprendre l'objet de la libéralité.

La donation exige chez le donateur la capacité de rendre sa condition pire et chez le donataire la capacité d'acquérir.

**Formes.** — A l'origine, la dation était le seul mode par lequel le donateur pût réaliser son intention de libéralité. Plus tard, la donation peut résulter d'une promesse *verbis*, d'une obligation *litteris*, de la délégation ou de l'acceptilation. La sim-

Digitized by Google

ple convention ne suffisait donc pas pour faire naître une obligation civile. Mais, à partir d'Antonin le Pieux, une réforme importante se produit : ce prince décida que la simple convention de donner, constatée par un écrit remis au donataire, deviendrait obligatoire entre ascendants et descendants. Justinien généralisa cette décision et supprima la formalité de l'écrit : désormais, la convention de donner devint un pacte légitime, sanctionné par une *condictio ex lege*. Cette innovation était relative seulement à la donation faite par voie d'obligation.

Une autre réforme, relative, celle-ci, aux règles de forme de l'acte juridique, et applicable à toute espèce de donation, fut imaginée par la jurisprudence et consacrée définitivement par Constance Chlore : dans le but d'assurer la publicité des donations dans l'intérêt des tiers et de conserver au donataire une preuve de son droit, ce prince rendit obligatoire la formalité, déjà usitée au temps classique, de l'insinuation. On appelle ainsi la copie des libéralités écrites ou la mention des libéralités non écrites sur les registres d'un magistrat déterminé. On en limite l'application aux donations dépassant 200 solides, et, sous Justinien, 500 solides. L'omission de cette formalité emportait de plein droit nullité pour tout ce qui excédait le taux fixé : il en résultait que le donateur pouvait repousser directement, sans le secours d'aucune exception, la demande du donataire à l'égard de l'excédent. Ajoutons que le décès du disposant n'effaçait pas la nullité.

Sont dispensées de l'insinuation la dot et la donation *propter nuptias*, les donations qui ont pour but le rachat des captifs ou la reconstruction d'une maison incendiée ou tombée en ruines, les donations faites ou reçues par l'empereur.

Constantin avait exigé la rédaction d'un écrit pour toutes les libéralités, mais cette décision fut abrogée avant Justinien.

La formalité de l'insinuation passa dans l'ancien droit français.

**Choses que l'on peut donner.** — On peut donner, en principe, toute chose qui se trouve dans le commerce : des choses corporelles ou incorporelles, des choses déterminées ou une universalité, des droits réels civils ou prétoriens. Dans le cas où la donation porte sur une universalité, les dettes restent

Digitized by Google

**sur la tête du donateur** ; mais il aura une action *præscriptis verbis* contre le donataire pour se faire indemniser des dettes payées. Parmi les droits prétoriens qui peuvent être donnés, il faut excepter l'hypothèque, qui garantit le créancier, mais n'augmente pas son patrimoine.

Peut-on donner une chose appartenant à autrui ? Si la donation est faite par voie de dation, elle est nulle ; si elle est faite par voie de promesse, elle est valable, car on peut s'obliger à transférer en propriété la chose d'autrui. Dans les deux cas, d'ailleurs, le donateur n'est pas garant de l'éviction ou des vices de la chose qu'il a pu livrer ; il n'est passible que de l'action *de dolo*, s'il a causé un préjudice par son dol.

**Modalités dont une donation peut être affectée.** — Les modalités suspensives (terme ou condition) sont admises, pourvu que l'acte juridique employé ne soit pas un *actus legitimus*. Les modalités résolutoires ne produisent pas d'effet *jure civili* ; mais nous connaissons les tempéraments apportés par le préteur à la rigueur des principes.

La donation peut être faite *sub modo*, c'est-à-dire contenir une charge imposée au donataire, mais évidemment inférieure à la valeur donnée ou promise, sans quoi l'acte perdrait son caractère de libéralité pour devenir un acte à titre onéreux. A l'origine, le donateur n'a pas d'action pour forcer le donataire à exécuter les charges, s'il n'a pas eu soin d'exiger de lui la promesse *verbis* de les accomplir ; on lui permet seulement de se faire restituer la chose donnée par la *condictio ob rem dati*. Plus tard, on chercha un moyen pour obliger le donataire à exécuter les charges : si la charge était dans l'intérêt du donateur, il put en poursuivre l'exécution par l'action *præscriptis verbis* ; car, il y a ici un contrat innomé ; si la charge était consentie au profit d'un tiers, on donne à celui-ci, sur le fondement d'une stipulation supposée, une action *ex stipulatu utilis* pour exiger l'accomplissement de la charge.

**Effets de la donation entre-vifs.** — La donation confère au donataire, lorsque le donateur remplit les conditions de capacité requises par l'acte qu'il accomplit, un droit aussi énergique qu'un acte à titre onéreux. Le donataire peut agir contre

Digitized by Google

le disposant par les actions nées de l'acte juridique ; mais le donateur jouit, à raison de son intention généreuse, du bénéfice de compétence, dont le résultat est de limiter sa condamnation au montant de son actif net.

La donation entre-vifs est indépendante de la volonté du donateur, qui ne peut la révoquer arbitrairement. Ce principe ne fléchit que dans deux cas exceptionnels : 1° celui d'ingratitude ; 2° celui de survenance d'enfant.

1° *Révocation pour cause d'ingratitude.* — Cette cause de révocation fut d'abord admise au profit du patron, puis au profit du père, de la mère non remariée et de mœurs honnêtes, enfin au profit de tout ascendant. Justinien généralisa cette cause de révocation et en fit le droit commun pour tout donateur. Parmi les causes d'ingratitude, on peut citer les violences faites par le donataire sur la personne du donateur, les préjudices causés à sa fortune, l'inexécution des charges, dont le Code civil fait une cause spéciale de révocation. L'action ouverte au donateur est une *condictio ex lege*, action intransmissible et personnelle, qui laisse subsister les droits réels consentis par le donataire : il est juste que l'effet de la révocation soit personnel au gratifié, seul coupable d'ingratitude.

2° *Révocation au profit du patron donateur pour cause de survenance d'enfant.* — Cette cause de révocation n'existait qu'au profit du patron qui n'avait pas d'enfant au moment de la libéralité. Le patron aura contre l'affranchi la *condictio ex lege*, qui n'atteint pas les droits réels consentis à des tiers.

**Restrictions apportées au droit de faire ou de recevoir des donations.** — Cette étude comprend deux ordres d'idées : restrictions résultant de la loi *Cincia*, prohibition des donations entre époux.

*Restrictions résultant de la loi Cincia.* — Ce plébiscite, rendu sur les instances de Caton l'Ancien, avait deux chefs. Sa première disposition défendait aux avocats de recevoir des honoraires : cette prohibition resta lettre morte du jour où le barreau cessa d'être la voie des honneurs politiques pour devenir une profession. La seconde disposition de la loi *Cincia* a pour but d'apporter une entrave aux donations entre-vifs qui

Digitized by Google

dépassent un certain taux, *modum legitimum*. Quel était ce taux? On ignore s'il était d'une quotité fixe ou d'une quotité proportionnelle à la fortune du donateur. Cette loi n'annule pas la donation faite *ultrà modum legitimum* et ne donne pas au donateur une action pour répéter l'excedent. Est ce à dire que ce soit une loi dépourvue de sanction, *lex imperfecta?* On l'a cru à tort. La loi *Cincia* veut protéger le donateur contre ses propres entraînements, assurer sa réflexion, et le garantir contre les manœuvres captatoires qui tendraient à dépouiller ses héritiers légitimes; en un mot, elle a pour objet d'assurer l'entière liberté des donations supérieures au taux légal. Dans ce but, elle facilite au donateur la révocation d'une largesse irréfléchie ou extorquée, en exigeant, pour la validité de la donation, que le donateur soit complètement dessaisi et qu'il n'ait à son service aucun moyen de droit commun, civil ou prétorien, pour reprendre ou retenir sa chose. En présence d'une action intentée contre lui par le donataire ou d'une exception que celui-ci lui oppose, la loi *Cincia* confère au donateur une exception ou une réplique *legis Cinciæ*. Ainsi, s'agit-il d'une donation faite par voie de dation, il faut distinguer plusieurs cas : 1° si le donateur mancipe sans la livrer une *res mancipi*, par exemple, un immeuble italique, dont la valeur dépasse le taux légal, il aura pour repousser la revendication du donataire devenu propriétaire l'*exceptio legis Cinciæ;* 2° si le donateur livre une *res mancipi* sans l'avoir mancipée, il reste propriétaire jusqu'à l'expiration des délais de l'usucapion; il pourra donc revendiquer et paralyser par une *replicatio legis Cinciæ* l'*exceptio rei donatæ et traditæ* que lui opposera le donataire; 3° si le donateur mancipe et livre une *res mancipi* immobilière, ou livre une *res nec mancipi* immobilière, par exemple, un fonds provincial, le donataire en devient aussitôt propriétaire; le donateur est entièrement dessaisi, car la loi *Cincia* ne crée pas d'action spéciale pour répéter; 4° si le donateur mancipe et livre une *res mancipi* mobilière, ou livre une *res nec mancipi* mobilière, il peut en reprendre la possession par la voie de l'interdit *utrubi*, ouverte à celui qui a possédé un meuble pendant la plus grande de l'année; une fois

Digitized by Google

rentré en possession, il pourra repousser par l'exception *legis Cinciæ* la revendication du donataire. S'agit-il d'une donation par voie d'obligation : le donateur a, tant qu'il n'a pas payé, la ressource de l'*exceptio legis Cinciæ* contre l'action de son créancier, le donataire. S'il a payé par erreur, c'est-à-dire dans l'ignorance que la libéralité excédait le *modus*, il pourra répéter par la *condictio indebiti :* la répétition est ici permise, parce que l'*exceptio legis Cinciæ* est perpétuelle et ne laisse subsister aucune obligation naturelle. La donation est donc parfaite, si elle est exécutée à bon escient par le donateur. S'agit-il d'une donation faite par libération : si elle est réalisée par acceptilation, le droit du créancier donateur est irrévocablement éteint; manifestée dans un *pactum de non petendo*, elle laisse au donateur son action de créance à laquelle le débiteur opposera l'*exceptio pacti conventi ;* mais cette exception sera paralysée par la *replicatio legis Cinciæ.*

Remarquons que ce n'est pas seulement l'excédent de la libéralité sur le taux légal que le donateur a le droit de retenir ou de recouvrer, mais le montant intégral de la libéralité ; car le donateur est réputé n'avoir pas été libre dans sa disposition.

La donation imparfaite à l'égard du donateur l'est aussi à l'égard de tous les intéressés. Ainsi tout ayant-cause à titre particulier du donateur est admis à se prévaloir de l'*exceptio legis Cinciæ :* tel est le fidéjusseur qui a cautionné la promesse de donation ; tel est encore l'acquéreur de la chose non acquise définitivement par le donataire. Les héritiers du donateur peuvent également invoquer la loi *Cincia*, à moins qu'il ne soit établi que le *de cujus* a persévéré jusqu'à sa mort dans sa volonté de donner : la constance de cette volonté jusqu'au décès rend donc la donation parfaite et écarte l'application de la loi *Cincia, morte Cincia removetur ;* les héritiers échoueront devant une exception ou réplique de dol. Mais si le donateur avait manifesté l'intention d'invoquer la loi *Cincia*, ses héritiers peuvent alors s'en prévaloir.

Certaines personnes étaient exemptées de l'application de la loi *Cincia*, et, pour elles, la perfection de la donation était soumise aux règles anciennes. Ces personnes privilégiées,

Digitized by Google

*personæ exceptæ*, étaient les cognats jusqu'au cinquième degré, le conjoint, le fiancé ou la fiancée, le patron du donateur, le pupille du donateur.

La loi *Cincia* est tombée en désuétude avant le règne de Constance Chlore : on sait que ce prince consacra législativement la formalité de l'insinuation, dont l'usage avait commencé au moment où la loi *Cincia* avait cessé d'être appliquée.

*Prohibition des donations entre époux.* — Pendant longtemps, les donations entre époux furent permises à Rome ; elles étaient, d'ailleurs, peu fréquentes à l'époque où la *manus*, accompagnant presque toujours le mariage, ne laissait à la femme aucun patrimoine. A l'époque de la loi *Cincia*, les donations entre époux étaient encore permises, puisque cette loi rangeait les conjoints au nombre des *personæ exceptæ*. Mais une fois que le divorce fut entré dans les mœurs romaines, la donation devint l'objet d'un marché immoral entre époux : le conjoint peu scrupuleux, sous la menace du divorce, arrachait des libéralités à son conjoint ; tel fut le principal motif qui fit introduire dans la coutume la prohibition des donations entre époux. On ajoute, comme seconde raison, le désir de conjurer le danger des entraînements irréfléchis des époux. Cette prohibition ne frappait que les époux unis entre eux par les liens des *justæ nuptiæ ;* elle n'atteignait ni les concubins, ni les personnes unies entre elles par les liens d'un *matrimonium injustum*, ni les fiancés. Pour prévenir la violation détournée de la règle, on étendait la prohibition aux donations faites par l'un des conjoints à la personne sous la puissance de laquelle se trouvait l'autre conjoint ou sur laquelle celui-ci exerçait le droit de puissance. On exceptait seulement de la prohibition : 1° les donations faites à un époux exilé pour adoucir son exil ; 2° les donations faites, en vue d'assurer son avenir, au conjoint avec lequel on va divorcer ; dans ce cas, elles n'étaient valables qu'après la rupture consommée du mariage ; 3° les donations faites au mari pour lui permettre l'acquisition d'une charge ; 4° les donations qui n'appauvrissaient pas réellement le donateur, telles que les donations de fruits ou d'intérêts ; 5° les donations à cause de mort, faites sous la condition suspensive

Digitized by Google

du prédécès du donateur et qui ne devenaient, dès lors, définitives qu'à la dissolution du mariage.

La donation faite au mépris de la prohibition était frappée d'une nullité radicale et absolue : l'époux donateur peut revendiquer la chose livrée ou exercer la *condictio*, si elle est consommée; s'il n'a fait qu'une promesse, il n'est pas obligé; s'il a voulu consentir une libération, il reste créancier.

Cette législation fut modifiée par un sénatusconsulte rendu sur la proposition d'Antonin Caracalla et connu sous le nom d'*Oratio Antonini*. Aux termes de ce sénatusconsulte, la donation était validée par le prédécès du conjoint donateur, pourvu qu'il eût persisté dans son intention de libéralité ; en d'autres termes, la donation, nulle, comme auparavant, au moment où elle était faite, était désormais susceptible de devenir valable par le prédécès du donateur survenu pendant le mariage et avant tout changement de volonté : la nullité restait donc définitive par le prédécès du donataire, le divorce ou le repentir du donateur. Le Code civil français déclare, au contraire, la donation valable dès le début, mais essentiellement révocable.

Depuis l'*Oratio Antonini*, la donation entre époux se rapproche de la donation *mortis causâ*, puisque, comme celle-ci, elle est subordonnée pour sa validité au prédécès du donateur. Mais Justinien, par une consultation adressée au barreau d'Illyrie, lui maintient son caractère de donation entre-vifs. Il en résulte qu'elle peut émaner d'un simple pacte et qu'elle est soumise à l'insinuation dans tous les cas où cette formalité est exigée. Insinuée ou dispensée d'insinuation, à raison de son taux peu élevé, elle rétroagit au jour de l'insinuation ou de l'acte.

**De la dot. — Notions générales.** — On entend par *dot* tous les biens que la femme ou une autre personne donnent au mari pour subvenir aux charges du mariage, qui pèsent légalement sur lui. Les règles de la dot ne peuvent s'appliquer, lorsque la femme est sous la *manus* du mari : dans ce cas, le patrimoine de la femme devient la propriété définitive du mari, en vertu de son droit de puissance. Lorsque la femme n'est pas *in manu*, elle peut, si elle est *sui juris*, constituer certains

Digitized by Google

biens à son mari, à titre de dot, et se réserver la propriété et la jouissance d'autres biens, qu'on désignera sous le nom de *paraphernaux* ; si elle est *alieni juris*, son père pourra la doter, et, sous l'influence des mœurs, cette faculté finit par devenir une obligation ; enfin, les tiers eux-mêmes peuvent constituer une dot à la femme. A l'origine, la dot, comme toute donation entre-vifs, confère au mari donataire un droit définitif ; mais on ne tarda pas à établir le droit de la femme au recouvrement de sa dot, afin de lui ménager la possibilité d'un second mariage.

**Constitution de la dot.** — *Par qui et à qui se constitue la dot.* — La dot est constituée au mari par la femme *sui juris* avec l'*auctoritas* du tuteur, et, après la disparition de la tutelle perpétuelle, avec le consentement du curateur, si la femme est pourvue d'un curateur. La fille de famille n'ayant pas de patrimoine ne peut constituer une dot ; mais son père peut et doit même, à l'époque des lois caducaires, lui constituer une dot, et cette obligation fut étendue à tout ascendant. Le tiers qui constitue la dot fait une libéralité ; mais, à l'égard du mari, la constitution a le caractère d'un acte à titre onéreux ; il en résulte qu'il n'est passible de l'action paulienne qu'autant qu'il a été complice de la fraude commise par le constituant. La dot constituée par le père ou l'ascendant paternel prend le nom de dot *profectice* ; celle que constitue la femme ou un tiers celui d'*adventice*, et on réserve à la dot adventice le nom de *réceptice*, quand le retour en a été stipulé par le constituant. Lorsque le mari est *alieni juris*, la dot entre dans le patrimoine du père qui a la puissance, mais, à la mort de celui-ci, elle est acquise au mari devenu *sui juris*.

*Procédés de constitution.* — Les trois procédés principaux de constitution sont : la *datio*, la *dictio* et la *promissio*. La *datio dotis* est tout transport de propriété au mari par les modes ordinaires : le mari devient propriétaire, si le constituant l'était, ou usucape *pro dote*, si le constituant n'était pas propriétaire. La *dictio dotis* est une forme spéciale du contrat *verbis* : elle ne peut être faite que par la femme *sui juris*, par son ascendant paternel et par le débiteur de la femme délégué par

Digitized by Google

elle. La *promissio dotis* est une des applications de la stipulation. Outre ces voies ordinaires, la dot peut encore se constituer par *expensilatio*, par délégation ou par acceptilation faite *dotis causâ* par le constituant au mari son débiteur ; ce dernier conserve ainsi la propriété d'une chose qu'il aurait dû payer. La *dictio dotis* devint complètement inutile, lorsque Théodose le Jeune fit de la convention de constituer une dot un pacte légitime sanctionné par une *condictio ex lege*.

La constitution de dot peut précéder ou suivre le mariage : il résulte de là que la prohibition des donations entre époux ne s'étend pas à la constitution de dot et que la dot peut être augmentée pendant le mariage ; mais elle ne pourrait être diminuée, car la diminution de la dot serait une restitution partielle ; or, toute restitution suppose le mariage dissous.

Quand la constitution de dot précède le mariage, elle est subordonnée à la condition tacite que le mariage aura lieu : condition suspensive, si la constitution a lieu par voie d'obligation, condition résolutoire, si elle est faite par voie de dation : dans ce dernier cas, le constituant aura, si le mariage n'a pas lieu, une *condictio sine causa* pour recouvrer sa propriété dont le transfert a perdu sa cause.

**Situation respective des époux à l'égard de la dot pendant le mariage.** — La situation juridique des époux à l'égard de la dot est réglée, à l'époque classique, par deux principes : 1° le mari est propriétaire de la dot tant que dure le mariage ; 2° la femme est créancière de la dot.

1° Le mari est propriétaire de la dot, *dominus dotis*, pendant le mariage. En conséquence, il peut poursuivre les détenteurs de la dot par des actions réelles. En droit français, il n'est qu'administrateur des biens dotaux.

2° La femme est créancière de la dot, et sa créance est entourée de garanties spéciales pour en assurer le recouvrement.

L'obligation de restituer, qui pèse sur le mari, est tantôt une dette de genre, tantôt une dette de corps certain.

Elle constitue une dette de genre dans deux cas : 1° lorsque la dot consiste en argent ou se compose de choses qui se consomment par le premier usage, comme les denrées : le mari

Digitized by Google

n'est alors obligé qu'à rendre une égale quantité d'objets de même nature et de même qualité ; 2° lorsque les corps certains constitués en dot ont été estimés : le mari est alors considéré comme un acheteur, suivant la maxime *æstimatio facit venditionem*, estimation vaut vente ; ce qui est dotal, ce n'est plus la chose, mais l'estimation qui en est faite, et le mari ne doit que le prix d'estimation. Il usucape la chose dotale *pro emptore* ; en cas d'éviction, il peut recourir en garantie contre le constituant par l'action *empti*. Il bénéficie des plus-values et de tous les produits de la chose ; en retour, il supporte tous les risques. La dot étant définitivement acquise au mari, en cas d'estimation, il n'y avait pas à s'occuper de restreindre ses pouvoirs pour assurer la restitution à la femme ; il peut donc disposer pleinement des biens estimés.

L'obligation de restituer est une dette de corps certain, lorsque le corps certain constitué en dot n'a pas été estimé ; c'est alors la chose qui a le caractère dotal ; le mari usucape *pro dote* ; en cas d'éviction, il n'a pas droit à la garantie, si la dot est constituée par voie de *datio;* il n'aurait qu'une action de dol, en cas de dommage occasionné par la mauvaise foi du constituant ; mais, si la dot a été constituée par *dictio* ou *promissio*, il aurait droit à garantie, à raison de l'obligation résultant du contrat ; le mari ne profite pas des améliorations de la chose dotale, ni des produits ou acquisitions en résultant ; le bénéfice en est réservé à la femme ; il n'acquiert que la propriété des fruits proprement dits, et seulement pendant le mariage ; ces fruits lui sont acquis par la simple séparation, à raison de sa qualité de propriétaire de la dot ; en outre, sa jouissance étant proportionnelle à la durée des charges du mariage, c'est jour par jour qu'il acquiert non seulement les fruits civils, mais encore les fruits naturels. Mais si le mari ne profite pas des améliorations, il ne subit pas les dégradations ou les pertes, qui sont pour la femme.

Le mari a-t-il sur les corps certains constitués en dot sans estimation le même droit de disposition que sur les biens estimés ? Il n'est pas douteux que, dans l'ancien droit, le mari, à raison de sa qualité de propriétaire définitif de la dot, peut

Digitized by Google

aliéner et hypothéquer librement les biens dotaux. Mais, à l'époque classique, on restreint ses pouvoirs en faisant une distinction entre les meubles non estimés et les immeubles non estimés. S'agit-il de meubles non estimés, il est libre d'en disposer comme il l'entend. S'agit-il, au contraire, d'immeubles non estimés, une loi *Julia de fundo dotali*, rendue sous Auguste, défend au mari d'aliéner, sans le consentement de sa femme, les immeubles dotaux situés en Italie et dont la propriété lui a été transférée sans estimation. La prohibition comprend toute aliénation, même partielle, telle qu'une constitution ou une extinction de servitude, même indirecte, telle qu'une usucapion qui pourrait s'accomplir, à moins qu'elle n'ait commencé avant le mariage. Mais elle ne s'étend ni aux aliénations forcées résultant, par exemple, d'un partage provoqué contre le mari par un copropriétaire indivis du fonds dotal, ni aux aliénations à titre universel qui comprennent, en même temps que le fonds dotal, le patrimoine entier du mari : dans ce dernier cas, qui peut se présenter, par exemple, quand le mari se donne en adrogation, l'immeuble dotal passe avec sa qualité d'inaliénable au successeur universel. S'il faut en croire Justinien, les fonds provinciaux échappaient à la prohibition et, par suite, pouvaient être aliénés par le mari.

L'inaliénabilité du fonds dotal dure autant que la propriété du mari, c'est-à-dire pendant toute la durée du mariage : elle ne saurait se prolonger lorsque le péril a disparu.

L'aliénation des immeubles italiques, faite par le mari seul, est frappée de nullité ; mais cette nullité n'existant que dans l'intérêt de la femme ne doit produire son effet définitif que si la dot doit lui être restituée. Tant que le mariage dure, le droit de l'acquéreur est en suspens et la nullité qui frappe dès à présent son acquisition peut se couvrir : le mari ne pourrait donc revendiquer. Mais, une fois le mariage dissous par le divorce ou le prédécès du mari, le mari ou ses héritiers se trouvent investis de la revendication, en qualité de propriétaires ; et, s'ils n'agissent pas, la femme, qui doit profiter de l'action, peut se faire céder la revendication ou même agir par revendication utile, en vertu d'une cession tacite.

Digitized by Google

La loi *Julia* défendait-elle au mari d'hypothéquer le fonds dotal ? Oui, suivant Justinien. Mais son opinion paraît erronée : en effet, l'hypothèque était encore fort peu connue en Italie à l'époque de la loi *Julia*, et les jurisconsultes classiques, Gaïus et Paul, en parlant de la loi *Julia*, ne font aucune allusion à la défense d'hypothéquer. Il est plus admissible de rattacher l'interdiction d'hypothéquer l'immeuble dotal même du gré de la femme au sénatus-consulte Velléien, qui défendait aux femmes, mariées ou non, d'intercéder dans l'intérêt d'autrui : cette prohibition fut vraisemblablement déduite par la jurisprudence des dispositions du sénatus-consulte. Si telle est l'origine de la prohibition, l'hypothèque consentie sur le fonds dotal en garantie de la dette de la femme serait valable, car, dans ce cas, elle n'intercède pas ; si, au contraire, la défense résultait de la loi *Julia*, l'hypothèque serait toujours nulle.

Le mari, nous l'avons vu, peut aliéner le fonds dotal avec le consentement de sa femme ; mais il ne peut constituer une hypothèque sur ce fonds, même quand sa femme y consentirait. D'où vient cette différence ? On restreint dans une plus large mesure le droit d'hypothéquer que le droit d'aliéner, parce qu'on craint que la femme, prévenue contre toute aliénation dont elle prévoit les conséquences immédiates, ne se laisse trop facilement aller à consentir une hypothèque, dont elle ne verrait pas les dangers plus éloignés.

Justinien défend au mari d'aliéner et d'hypothéquer même avec le consentement de la femme, et il applique la prohibition aux fonds provinciaux.

**Fondement de la restitution de la dot.** — L'obligation de restituer la dot à la dissolution du mariage n'existait pas, à l'origine ; destinée à aider le mari à supporter les charges du mariage, parmi lesquelles se trouvent l'entretien et l'éducation des enfants, la dot devait rester au mari pour lui permettre de continuer l'accomplissement de ses devoirs paternels. Mais lorsque le divorce fut entré dans les mœurs, on voulut ne pas laisser sans ressources la femme répudiée et on lui permit de recouvrer sa dot. Cette raison d'humanité se doubla d'une considération d'intérêt public, sous les lois Caducaires, dont l'es-



Digitized by Google

prit était d'encourager au mariage et de favoriser les secondes noces : la restitution de la dot fut considérée comme devant assurer à la femme le moyen de se remarier : *reipublicæ interest mulieres salvas dotes habere, propter quas nubere possunt.*

**Cas de restitution de la dot après la dissolution du mariage.** — En principe, le droit à la restitution ne peut s'ouvrir pour la femme qu'après la rupture de l'union conjugale par le divorce ou la mort de l'un des conjoints. La dot profectice est restituée à la femme, en cas de divorce ou de prédécès du mari ; ici l'intérêt public s'accorde avec l'intérêt personnel de la femme pour lui permettre le recouvrement de sa dot. Si la femme prédécède, la dot fait retour au père qui l'a constituée, afin, dit le texte romain, *qu'il n'ait pas la douleur de perdre à la fois sa fille et sa dot ;* en outre, le père, en dotant sa fille, n'a fait qu'exécuter une obligation légale, qui ne doit pas bénéficier au mari après la dissolution du mariage, car celui-ci serait gratifié sans raison au détriment du père. Ce motif indique la limite de la règle : s'il y a des enfants, le mari a le droit de retenir un cinquième de la dot par enfant ; de plus, si le constituant est mort, le mari garde toute la dot. La dot adventice est restituée à la femme divorcée ou survivante ; mais si le mariage est dissous par le prédécès de la femme, le mari a le droit de garder la dot. Dans ce dernier cas, le tiers qui a constitué la dot a agi dans une intention de libéralité et est réputé avoir donné irrévocablement, puisqu'il n'a pas expressément stipulé la restitution de la dot. La dot réceptice, c'est-à-dire la dot adventice constituée avec une stipulation relative à la restitution, revient toujours au constituant ou à ses héritiers, quelle que soit la cause de la dissolution du mariage.

**Cas de restitution de la dot pendant le mariage.** — En principe, la dot n'est pas restituable pendant le mariage, puisqu'elle est destinée à en supporter les charges. Mais il y a des cas exceptionnels où la dot est restituable pendant le mariage :

1° La femme peut demander, par anticipation, la restitution de sa dot, lorsque la mauvaise administration du mari et son insolvabilité imminente menacent de compromettre la restitu-

Digitized by Google

tion future. Cette restitution anticipée est l'origine de notre séparation de biens judiciaire.

2° Le mari peut faire une restitution anticipée pour payer les dettes de la femme, la racheter de captivité, subvenir à son entretien et à celui de sa famille, lui procurer le moyen d'acheter un fonds productif.

**Actions ouvertes pour la restitution de la dot.** — Trois actions sont ouvertes pour la réclamation de la dot : l'action *rei uxoriæ*, l'action *ex stipulatu*, et l'action *ex præscriptis verbis*.

L'action *rei uxoriæ* est une action générale, tendant à la reprise de la dot constituée par un mode quelconque. La femme *sui juris* peut l'exercer seule ; la femme *alieni juris* doit assister son père dans l'action en restitution : la présence de la fille de famille est exigée, parce qu'elle est là principale intéressée, à raison de l'utilité de la restitution, qui est de lui faciliter un nouveau mariage. Si la femme meurt sans avoir demandé la restitution, ses héritiers ne succèdent pas à son droit, à moins qu'avant son décès la femme n'ait mis en demeure le mari divorcé ou les héritiers du mari.

L'action *rei uxoriæ* est de bonne foi : sa formule est la seule qui porte les termes *æquiùs meliùs* au lieu des mots *ex bonâ fide*, le juge y devait suivre l'équité plus scrupuleusement encore que dans les autres actions de bonne foi. La responsabilité du mari ne s'étendait qu'à la faute légère appréciée *in concreto* En outre, le mari poursuivi par cette action jouissait de certains avantages : 1° du bénéfice de compétence ; 2° du droit de restituer en trois annuités, dont chacune amène l'échéance d'un tiers, la dot de choses fongibles ; 3° du droit d'exercer certaines rétentions sur la dot, à raison de l'inconduite de la femme, du nombre des enfants, des dépenses faites par le mari sur les biens dotaux, des choses détournées par la femme.

Ajoutons que la femme, gratifiée par son mari prédécédé d'une libéralité testamentaire, doit choisir entre l'exercice de l'action *rei uxoriæ* ayant pour but la restitution de la dot et la réclamation du legs fait en sa faveur ; ainsi le voulait un édit prétorien nommé *de alterutro*.

L'action *ex stipulatu* est une action contractuelle que peut

Digitized by Google

exercer la femme ou le constituant qui a stipulé expressément du mari la restitution de la dot. Elle est de droit strict, appartient à toute personne qui a stipulé la restitution et à ses héritiers, oblige le mari poursuivi à restituer immédiatement après la dissolution du mariage; en outre, elle ne laisse au mari ni bénéfice de compétence, ni droit de rétention ; il est tenu de rendre toute la dot; enfin, l'option forcée prévue par l'édit *de alterutro* ne s'appliquait pas à l'action *ex stipulatu*.

L'action *præscriptis verbis* était donnée à celui qui, en constituant la dot, ne s'était réservé le droit à la restitution qu'à l'aide d'un pacte adjoint, *pactum de reddendâ dote*. Le pacte ajouté à la constitution dotale constituait un *negotium do ut des*. L'action *præscriptis verbis* ne laissait au mari ni bénéfice de compétence, ni droit de rétention.

Justinien supprime l'action *rei uxoriæ* et sous-entend toujours une stipulation de restitution entre les époux ; il confère à l'action *ex stipulatu* certains caractères de l'ancienne action *rei uxoriæ* : ainsi le mari jouit du bénéfice de compétence et d'un délai pour la restitution des meubles ou des immeubles estimés ; ce délai est d'un an ; quant aux immeubles non estimés, la restitution doit avoir lieu immédiatement après le mariage dissous. Le mari ne peut exercer un droit de rétention que pour les dépenses faites au profit des biens dotaux. Remarquons que la stipulation de restitution n'est pas sous-entendue au profit du tiers qui a constitué la dot : il doit se réserver expressément le droit à la restitution.

Après avoir sous-entendu au profit de la femme une promesse de restituer la dot, Justinien remplace par une hypothèque légale le *privilegium dotis* que le droit classique accordait à la femme pour lui permettre de primer les créanciers chirographaires de son mari. En même temps, il lui donne, après le mariage, un droit de revendication directe sur toutes les choses dotales estimées ou non estimées. Plus tard, afin de la protéger plus efficacement encore, il lui confère une hypothèque privilégiée, qui lui permet de se payer de sa dot sur les biens de son mari avant tous autres créanciers, même nantis d'hypothèques antérieures au mariage.

Digitized by Google

La revendication n'était exercée, en principe, qu'à l'égard des objets dotaux qui se trouvaient encore dans le patrimoine du mari ; elle épargnait à la femme le concours des créanciers du mari. Mais ce droit de revendication était opposable aux tiers acquéreurs pour les immeubles non estimés. L'action hypothécaire permettait à la femme d'atteindre les aliénations valables du mari.

**De la donation propter nuptias.** — La donation *propter nuptias*, d'origine impériale, est comme le pendant de la dot : elle est constituée au profit de la femme par le mari ou par un tiers ; elle est subordonnée à l'existence d'une dot et à la réalisation du mariage. A l'origine, elle devait toujours précéder le mariage ; mais Justin permet de l'augmenter et Justinien de la constituer pendant le mariage, à la condition qu'elle n'excède point le montant de la dot. Le père du mari est obligé de constituer une donation *propter nuptias*, comme le père de la femme est tenu de constituer une dot. La donation *propter nuptias* demeure au pouvoir du mari pendant toute la durée de l'union matrimoniale ; mais il ne peut aliéner ni hypothéquer les immeubles, même du consentement de la femme. Après la dissolution, la donation *propter nuptias* appartient à la femme dans tous les cas où le mari peut garder la dot. La femme peut réclamer les biens donnés dans le cas d'insolvabilité du mari. En outre, elle jouit, pour sa garantie, d'une hypothèque tacite sur les biens du mari.

### *V. — Des pactes prétoriens.*

Le préteur, qui sanctionne tout pacte par voie d'exception, a muni d'une action certains pactes où la volonté de s'obliger apparaît avec une énergie plus grande : ce sont les pactes de constitut et de serment, qui donnent naissance à une obligation prétorienne. Nous avons déjà étudié le pacte prétorien d'hypothèque, qui engendre un droit réel.

*Du pacte de constitut.*— **Origine.** — Le constitut est le pacte par lequel une personne s'engage à payer à jour fixe une dette préexistante. Il trouve son origine dans le *receptitium*, espèce de contrat en usage dans l'ancien droit civil entre les banquiers



Digitized by Google

et leurs clients. Le *receptitium* était pour le banquier un moyen de faire une ouverture de crédit à ses clients, à l'aide de fonds déposés dans sa banque ou encaissés pour leur compte : dans ce but, le banquier s'engageait envers un tiers à faire, à une date déterminée, un paiement pour le compte de son client, et l'exécution de ce paiement était sanctionnée par une action civile, l'*actio receptitia.* Des auteurs ont vu dans le *receptitium* un contrat *verbis ;* mais, d'après l'opinion dominante, c'était un pacte obligatoire en vertu du simple consentement. Le préteur, pour créer le constitut, n'eut qu'à généraliser le *receptitium* ; mais des différences séparent le *receptitium* et le pacte prétorien :

1° Les banquiers seuls pouvaient s'obliger par le *receptitium ;* toute personne peut s'obliger par le constitut ;

2° Le *receptitium* n'exige pas une dette préexistante ; le constitut implique la nécessité d'une dette antérieure, civile, prétorienne ou naturelle, que l'on s'engage à payer à jour fixe ;

3° L'objet du *receptitium* peut être différent de celui de la dette antérieure, quand il en existe une : ainsi le banquier versera de l'argent en paiement d'une dette immobilière. A l'origine, l'objet du constitut devait être le même que celui de la dette primitive : il en résultait pour le constitut que la dette antérieure devait être de choses fongibles, c'est-à-dire s'appréciant au poids, au nombre ou à la mesure. Mais on ne tarda pas à décider que le constitut pourrait porter sur un objet différent de celui de la dette antérieure : la dette antérieure eût-elle pour objet un immeuble, le constitut n'en sera pas moins valable ;

4° L'*actio receptitia* est civile et perpétuelle ; l'action *de pecuniâ constitutâ*, perpétuelle en principe, était annale dans certains cas et entraînait contre la partie qui succombait une peine fixée à la moitié de la valeur du litige (*sponsio dimidiæ partis*).

Justinien fond le *receptitium* avec le constitut, conserve le nom de constitut, maintient la nécessité d'une dette préexistante et décide que l'action *de pecuniâ constitutâ* sera toujours perpétuelle.

**Utilité du constitut. — Aux yeux des Romains, la princi-**

Digitized by Google

pale utilité du constitut était de modifier l'époque du paiement; de là vient son nom (*constituere*, prendre jour). Le préteur devait sanctionner ce pacte, qui s'appuyait sur une dette antérieure; un simple accord de volontés lui parut suffisant pour ne laisser aucun doute sur l'intention de s'obliger à payer à une date fixée.

En faisant ce pacte, les parties peuvent vouloir maintenir l'obligation préexistante en faisant de la nouvelle dette l'accessoire de la première, ou éteindre l'obligation antérieure en lui en substituant une nouvelle. On peut le considérer comme pacte accessoire ou comme pacte extinctif. Dans le silence de la convention, on suppose que le constitut ajoute ou substitue une nouvelle dette à l'ancienne, suivant que le constitut est fait par un tiers ou qu'il intervient entre les mêmes parties.

*Constitut considéré comme pacte accessoire.* — On distingue trois cas :

1° *Il intervient entre les mêmes parties* (*constitutum proprii debiti*). — Ce constitut présente un avantage dans le cas où la dette antérieure n'était que naturelle, comme provenant, par exemple, d'un simple pacte. Ici, deux pactes réunis produisent une action, alors que chacun d'eux ne l'aurait pu séparément : la raison en est que le consentement des parties est ici manifeste et que le pacte de constitut se justifie par le pacte antérieur. Dans le cas où la dette préexistante était déjà munie d'une action civile ou prétorienne, le constitut permet de conserver un droit temporaire qui allait s'éteindre, de changer le lieu du paiement, de reculer ou d'avancer un terme, et même, à l'époque classique, de modifier l'objet. La dette préexistante restant entière, le créancier jouit d'une sorte de créance alternative et peut choisir entre l'action du premier contrat et l'action de constitut.

2° *Il intervient entre le même créancier et un tiers* (*constitutum alieni debiti*). — Le constitut est alors une espèce d'*intercessio*, qui équivaut à la fidéjussion, lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à côté de l'ancien.

3° *Il intervient entre le même débiteur et un tiers.* — Le cons-

Digitized by Google

titut ressemble alors à l'*adstipulatio* et suppose que le nouveau créancier a reçu mandat de s'adjoindre au précédent.

*Constitut considéré comme pacte extinctif.* — L'opération ressemble alors à la novation; mais l'extinction de l'ancienne dette n'a lieu que *jure prætorio* et le débiteur n'est armé que d'une exception pour repousser l'action de la créance primitive qui reste vivante *jure civili*. Le constitut peut se produire à titre extinctif, soit entre les mêmes parties, lorsqu'elles ont voulu substituer une nouvelle dette à l'ancienne, soit entre le même créancier et un tiers, lorsque le nouveau débiteur a voulu, comme dans l'*expromissio*, s'obliger à la place de l'ancien, soit entre le même débiteur et un tiers, lorsque le débiteur a été délégué au nouveau créancier.

**Du pacte de serment.** — Le serment est l'affirmation solennelle qu'une personne fait, en prenant à témoin la divinité, relativement à l'existence ou à la non-existence d'un droit. Inspiré par une idée religieuse et morale, le serment contient en lui-même une autorité puissante, à raison de laquelle le préteur lui a attaché l'action *de jurejurando* et l'exception *jurisjurandi*.

On distingue trois sortes de serment : le serment *in jure*, devant le magistrat, le serment *in judicio*, devant le juge, et le serment volontaire ou extrajudiciaire, le seul qui se rattache à l'idée d'un pacte prétorien.

*Conditions requises pour le serment volontaire ou extra-judiciaire.* — Ce serment a pour base une convention librement intervenue entre les parties, en dehors de toute instance judiciaire : il est proposé par l'une des parties et accepté par l'autre. Le serment spontané ne produit aucun engagement. De ce que le serment implique une convention il résulte qu'il doit être prêté comme il a été déféré : si je vous propose de jurer *per Minervam*, vous n'êtes pas libre de jurer *per Jovem*; il en résulte également qu'on peut bien refuser de le prêter, mais qu'on ne peut le référer à son adversaire, car ce serait lui imposer une convention.

Le serment extrajudiciaire ne peut être déféré que par une partie capable de rendre sa condition pire et investie de la fa-

Digitized by Google

culté de disposer du droit objet du serment : les tuteurs et curateurs ont ce pouvoir ; les mandataires ne peuvent l'exercer que dans la limite des termes de leur mandat. Il peut être prêté par toute personne capable de rendre sa condition meilleure : ainsi le pupille peut le prêter seul ; quand il concerne le droit d'autrui, un simple *negotiorum gestor* peut le prêter ; mais l'*infans* et le fou ne peuvent le prêter, à cause de l'absence de volonté et d'intelligence. Cette différence entre la délation et la prestation du serment volontaire provient de l'idée qu'il nuit à qui le défère et profite à qui le prête.

Le serment extrajudiciaire peut intervenir pour toute espèce de droits : droits réels, droits de créance, questions d'état.

*Effets du serment extrajudiciaire.* — Une fois le serment prêté, le pacte intervenu entre les parties se trouve exécuté, et le serment devient la loi des parties. Celle qui l'a prêté reçoit du préteur l'action *de jurejurando* ou l'exception *jurisjurandi*, suivant qu'elle a à jouer, dans un procès relatif au droit qui a fait l'objet du serment, le rôle de demandeur ou de défendeur. Il y a, cependant, un cas où le serment prêté ne donne lieu qu'à une exception : c'est celui du possesseur d'un fonds qui a juré qu'il n'appartenait pas au revendiquant, sans jurer qu'il était à lui ; ce possesseur aura bien l'exception *jurisjurandi* pour repousser une nouvelle action du revendiquant ; mais, s'il vient à perdre la possession et qu'il soit demandeur à son tour, il ne pourra invoquer l'action *de jurejurando*. On conçoit que l'autorité du serment ne puisse embrasser plus que ce qui a été juré.

A l'inverse, l'autorité du serment ne peut embrasser moins que ce qui a été juré : ainsi, quand je jure que vous détenez ma chose en gage de ma dette, j'ai bien l'action pour vous en demander la restitution, mais je suis tenu d'abord de vous payer votre créance.

L'action *de jurejurando* et l'exception *jurisjurandi* sont l'une et l'autre *in factum*, en ce sens que la seule question qui sera soumise au juge, en cas de contestation ultérieure, sera de vérifier si le fait du serment a eu lieu.

L'autorité du serment est assimilée à l'autorité de la chose jugée : ainsi, dans le cas où il sera constaté judiciairement que

Digitized by Google

le serment a eu lieu, celui qui l'a prêté aura gain de cause; ainsi, encore, le serment n'a d'effet qu'entre les parties qui ont fait le pacte. Bien plus, la force du serment est supérieure à l'autorité de la chose jugée : en effet, après un jugement, la découverte de pièces ou de preuves décisives peut motiver la révision du procès ; au contraire, on ne peut remettre en question ce qui a été tranché par un serment extrajudiciaire.

Il y a même des cas où les jurisconsultes assimilent le serment extrajudiciaire au paiement : c'est ainsi, notamment, que, déféré ou prêté par un *correus*, il nuit ou profite aux autres ; prêté par le débiteur principal, il libère le fidéjusseur.

## Section V. — Quasi-contrats.

Le quasi-contrat peut se définir : tout fait licite, volontaire ou imposé par la loi, qui ne suppose pas l'accord conventionnel des parties, et qui produit des obligations, soit d'après les dispositions de la loi, soit d'après les règles de l'équité.

Les *Institutes* énumèrent cinq exemples de faits assimilés à des contrats : l'indivision, la gestion d'affaires, la tutelle ou curatelle, le paiement de l'indû, l'acceptation d'une hérédité. On peut ajouter à cette énumération l'enrichissement sans cause.

Dans tous ces cas, il n'y a eu aucune convention entre les parties. Mais chacun de ces faits obligatoires est comme la figure d'un contrat déterminé : ainsi, l'indivision ressemble à la société, la gestion d'affaires, la tutelle ou curatelle au mandat, le paiement de l'indû et l'enrichissement sans cause au *mutuum*, l'acceptation d'une disposition testamentaire au contrat *verbis*. L'obligation naît *quasi ex contractu*, comme s'il y avait contrat. L'indivision, la gestion d'affaires, la tutelle et la curatelle engendrent des obligations réciproques et de bonne foi ; le paiement de l'indû, l'acceptation d'une hérédité et l'enrichissement sans cause font naître des obligations unilatérales et de droit strict.

Parmi les obligations quasi-contractuelles, il en est qui prennent naissance à la charge des incapables aussi bien que des ca-

Digitized by Google

**pables : ce sont toutes celles qui ne supposent pas la volonté de l'obligé.**

### I. *Indivision.*

Une chose est *indivise* ou *commune*, lorsqu'elle appartient à deux ou plusieurs personnes par fractions idéales ; les divers ayants droit s'appellent copropriétaires ou communistes. L'indivision provient soit d'un acte à cause de mort, comme une succession échue à plusieurs héritiers ou un legs adressé conjointement à plusieurs personnes, soit d'un acte entre-vifs, comme une donation conjointe, une société, ou un achat fait en commun. En conséquence, elle s'applique tantôt à des objets particuliers, comme une maison, tantôt à des universalités, comme une hérédité.

**Effets de l'indivision.** L'indivision tend au partage et produit pour chacun des communistes des droits et des obligations.

*Droits des communistes.* — Chacun des communistes a sur la chose indivise un droit de pleine propriété, dont l'exercice peut faire naître bien des difficultés dans la pratique ; car on ne peut exercer ce droit sans se heurter au droit rival et parallèle des autres ; l'indivision est une source féconde de procès ; aussi le législateur s'y est-il toujours montré peu favorable.

On peut établir cinq règles générales sur les droits des communistes :

1° Chacun des communistes a le droit d'user de la chose commune, sous la réserve du droit des autres ;

2° Chacun d'eux a le droit de percevoir les fruits et produits de la chose, dans la mesure de sa copropriété ;

3° Chacun d'eux peut faire des actes de disposition ou d'aliénation qui n'atteignent que son droit : ainsi il est libre de vendre ou d'hypothéquer sa part indivise, mais il ne peut la grever d'une servitude ;

4° En vertu du principe qui restreint entre les parties l'autorité de la chose jugée, un des communistes n'est pas censé représenter les autres en justice. Toutefois, si le droit en litige était indivisible, comme une servitude prédiale, ce qui a été jugé pour ou contre lui est réputé jugé pour ou contre les autres

Digitized by Google

5° Chacun des communistes a le droit de provoquer le partage, qui est une conséquence nécessaire de l'indivision.

*Obligations des communistes.* — Le quasi-contrat d'indivision engendre des obligations réciproques entre les communistes :

1° Chaque communiste doit gérer la chose commune, comme il gèrerait ses propres affaires : la chose commune est aussi la chose de chacun ; il répond donc, dans sa gestion, de sa *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des fautes qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires ; en conséquence, il doit faire tous les actes nécessaires ou d'entretien, rendre compte à ses copropriétaires des fruits, produits ou bénéfices qu'il a réalisés au-delà de sa part, et s'abstenir de tout acte de nature à porter atteinte au droit des autres copropriétaires.

2° Chaque communiste doit indemniser ses copropriétaires des dépenses utilement faites sur la chose commune, des obligations contractées dans l'intérêt de la chose, des pertes subies à son occasion.

3° Chaque communiste est tenu de subir le partage.

**Cessation de l'indivision.** — L'indivision étant un état anormal et fertile en difficultés, la loi décide que nul ne peut être contraint à y demeurer et que le partage peut toujours être demandé, nonobstant toutes conventions contraires. La convention de rester perpétuellement dans l'indivision est donc nulle, comme contraire à l'ordre public ; mais les communistes peuvent différer le partage jusqu'à l'arrivée d'un terme préfix ; en droit français, cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans, mais elle est renouvelable.

Le partage peut se faire à l'amiable ou judiciairement. Dans le premier cas, il faut éviter de confondre le partage lui-même avec la convention et le contrat de partage. Le partage est un fait qui résulte de l'exécution donnée au contrat de partage et de l'emploi des divers modes d'acquérir. Le partage se fera en justice, quand les communistes ne seront pas tous d'accord : on intentera alors l'action *familiæ erciscundæ*, si l'indivision a sa source dans une hérédité, ou l'action *communi dividundo*, si l'indivision a toute autre cause.

Digitized by Google

L'indivision accidentelle ou état de communauté ressemble à l'indivision résultant du contrat de société ; toutefois, comme la première ne dérive pas de la volonté des parties, le pupille peut, sans l'*auctoritas* du tuteur, être tenu comme copropriétaire, tandis qu'il ne peut l'être comme associé.

## II. *Gestion d'affaires.*

La gestion d'affaires est l'acte ou la série d'actes qu'une personne fait relativement au patrimoine d'autrui, sans mandat exprès ni tacite du maître, et dans l'intention de l'obliger.

**Éléments essentiels de la gestion d'affaires.** — Trois conditions sont indispensables pour la formation de ce quasi-contrat : 1° Il faut que les actes de gestion portent sur le patrimoine d'autrui ; 2° Il faut que le *negotiorum gestor* ait agi sans le consentement exprès ni tacite du maître ; 3° Il faut que le gérant ait eu l'intention de rendre service et d'obliger.

1° Il faut que les actes de gestion soient relatifs au patrimoine d'autrui. Si l'acte accompli intéresse à la fois le gérant et un tiers, il y a gestion d'affaires, toutes les fois que le gérant pouvait séparer son intérêt personnel de celui du tiers : ainsi, lorsqu'un copropriétaire donne à un voisin la *cautio damni infecti* pour le tout, il y a gestion d'affaires ; au contraire, lorsqu'il fait réparer la maison indivise, l'obligation née à son profit sera sanctionnée par l'action en partage ; car, ici, le communiste qui a agi ne pouvait séparer son intérêt de celui de son copropriétaire, et l'obligation a sa source dans l'indivision.

2° Il faut que le gérant ait agi à l'insu du *dominus* ; sinon, il y aurait un mandat exprès ou tacite.

Le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme-t-il malgré l'opposition formelle du maître ? On refuse toute action au gérant pour les actes qu'il a faits depuis la signification, par écrit ou devant témoins, de l'opposition du *dominus*. Ajoutons que le gérant est responsable de la gestion indûment exercée.

La ratification faite après coup par le maître des actes du gérant transforme-t-elle la gestion d'affaires en mandat ? On admet que la ratification émanée du maître n'a d'effet qu'à son



Digitized by Google

égard : ainsi, il ne pourra désormais discuter l'utilité des actes du gérant, puisqu'il les a approuvés ; ainsi encore, il sera passible, au choix du gérant, de l'action *negotiorum gestorum* ou de l'action *mandati*. Mais le gérant, resté étranger à la ratification, ne sera passible que de l'action *negotiorum gestorum*.

La gestion d'affaires, n'exigeant pas la volonté du *dominus*, peut s'appliquer aux affaires d'un pupille, d'un fou, d'une hérédité jacente.

3° Il faut que le gérant ait eu la double intention de rendre service et d'obliger. N'est donc pas *negotiorum gestor* celui qui s'immisce dans les affaires de quelqu'un pour s'enrichir à ses dépens ou accomplir un devoir : dans le premier cas, celui qui s'est enrichi devient débiteur au lieu de devenir créancier ; dans le second, il n'y a pas d'obligation.

Si le gérant s'est considéré par erreur comme mandataire du maître ou s'est trompé sur son identité, la double intention de rendre service et d'obliger n'en existe pas moins, et l'action *negotiorum gestorum* lui est ouverte.

Mais, s'il a cru gérer sa propre affaire, il n'est pas *negotiorum gestor* : par suite, s'il a fait des dépenses utiles sur la chose, il pourra les recouvrer par l'exception de dol, pourvu qu'il soit encore possesseur ; de son côté, le maître pourra, par une *condictio sine causa*, fondée sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, demander compte au gérant du bénéfice que lui a procuré sa gestion.

**Effets de la gestion d'affaires.** — *Entre les parties*. — La gestion d'affaires produit des obligations à la charge du gérant et accidentellement à la charge du *dominus*. Le maître a contre le gérant l'action *negotiorum gestorum directa* ; le gérant a contre le maître l'action *negotiorum gestorum contraria*.

*Obligations du gérant*. — Les obligations du gérant ont un double fondement : son immixtion volontaire dans les affaires d'autrui et la nécessité de protéger les biens des absents. On peut les réduire à deux principales :

1° Le gérant doit mener à bonne fin la gestion entreprise ; la mort du *dominus* ne le dispense pas de la continuer, à la différence du mandat. Il répond, en principe, de toute faute

Digitized by Google

légère appréciée *in abstracto;* mais il n'est tenu que de son dol, si des besoins urgents ont motivé son intervention. Les cas fortuits ne sont pas à sa charge, à moins qu'il n'ait fait des actes imprudents et étrangers aux habitudes du maître.

2° Le gérant doit rendre compte de sa gestion et transférer au *dominus* tous les bénéfices qu'elle a pu lui procurer.

*Obligations du maître.* — Les obligations du maître se justifient par cette considération d'intérêt social et privé que nul n'aurait voulu se charger de gérer les affaires d'un absent, si la loi n'eût assuré le remboursement des avances faites ou la décharge des obligations contractées dans l'intérêt de l'absent. Le maître est tenu de deux obligations principales :

1° Il doit rembourser au gérant toutes ses dépenses utiles, et cette utilité s'apprécie au moment même des dépenses;

2° Il doit acquitter lui-même ou, du moins, prendre à sa charge toutes les obligations contractées utilement par le gérant.

*A l'égard des tiers.* — En vertu du principe de la non-représentation, le gérant d'affaires qui traite avec les tiers devient seul créancier ou débiteur. Mais on finit par appliquer à la gestion d'affaires les modifications apportées à la théorie du mandat : les tiers furent investis ou passibles, envers le maître, des actions utiles de gestion d'affaires.

### III. — *Tutelle et curatelle.*

Considérée comme un devoir, la charge de la tutelle ou curatelle ne peut, sauf le cas d'excuse légitime, être déclinée. C'est en dehors de tout concours de volontés que l'on en est investi. Les obligations légales qui en résultent naissent donc *quasi ex contractu.*

### IV. — *Paiement de l'indû.*

**Caractères de l'obligation résultant du paiement de l'indû.** — On appelle paiement de l'indû toute prestation exécutée dans la volonté d'éteindre une dette qui n'existe pas, ou qui existe soit à la charge d'un tiers, soit au profit d'un autre que l'*accipiens*, ou qui porte sur un autre objet. La réception de l'indû oblige à restituer, comme s'il y avait eu *mu-*

Digitized by Google

*tuum :* l'*accipiens* est tenu *re*, mais, comme il n'y a pas accord de volontés, l'obligation naît *quasi ex contractu*.

Il existe entre le paiement de l'indû et le *mutuum* une certaine analogie : 1° l'un et l'autre produisent une *condictio ;* 2° la tradition transfère la propriété dans les deux cas : l'absence de cause dans le paiement indû n'empêche pas l'effet translatif ; l'*animus* et le *corpus* suffisent ; si la tradition porte sur la chose d'autrui, l'*accipiens* sera, dans les deux cas, *in causâ usucapiendi ;* 3° dans le paiement de l'indû, comme dans le *mutuum,* si le *tradens* est incapable d'aliéner, il pourra revendiquer ou, si la chose livrée a été consommée, intenter la *condictio* ou l'action *ad exhibendum*, suivant que la consommation a eu lieu de bonne ou de mauvaise foi. Si l'*accipiens* est incapable de s'obliger, par exemple, le pupille, sans l'*auctoritas* du tuteur, il ne sera tenu que dans les limites de son enrichissement.

Mais il existe quelques différences entre le paiement de l'indû et le *mutuum :* 1° la *condictio indebiti* est tantôt *certa*, tantôt *incerta*, car le paiement de l'indû peut avoir pour objet des choses certaines ou indéterminées ; la *condictio ex mutuo* est toujours *certa*, car le *mutuum* ne se réfère qu'à la dation d'une chose déterminée ; 2° la *solutio indebiti* peut s'appliquer à des corps certains, tandis que le *mutuum* ne s'applique qu'aux choses fongibles ; 3° la *solutio indebiti* ne suppose pas toujours une translation de propriété, à la différence du *mutuum*, qui implique toujours une *datio ;* 4° dans le paiement de l'indû, l'*accipiens* ne répond des cas fortuits que s'il est de mauvaise foi ; dans le *mutuum*, les risques sont toujours pour l'emprunteur, suivant la règle *genera non pereunt*.

**Conditions requises pour qu'il y ait lieu à répétition.** — Trois conditions sont exigées : 1° que le *tradens* ait payé l'indû ; 2° que le paiement de l'indû ait eu lieu par erreur ; 3° que la dette payée par erreur ne soit pas de celles qui entraînent contre le débiteur qui les a niées sans succès une condamnation au double.

1° Il faut que le *tradens* ait payé l'indû. Il y a paiement de l'indû, lorsque celui qui paie n'est tenue d'aucune dette civile,

Digitized by Google

prétorienne ou naturelle. Qui paie avant terme ne paie que ce qu'il doit ; il ne peut répéter, car le terme ne recule que l'échéance. Au contraire, le paiement *pendente conditione* d'une dette conditionnelle donne lieu à répétition, tant que la condition n'est pas accomplie ; ici, la condition suspend l'existence de la dette. Que faut-il décider si le débiteur acquitte une dette, alors qu'il pouvait opposer une exception à l'action du créancier ? Est-ce une exception temporaire ? il ne peut répéter, car c'est alors comme si l'on devait à terme. Est-ce une exception perpétuelle ? il peut répéter, si cette exception ne laisse pas subsister une obligation naturelle : telle est la nature de l'exception *legis Cinciæ* ou *senatusconsulti Velleiani ;* mais il ne peut répéter, si l'exception perpétuelle est de celles qui laissent subsister une obligation naturelle : ainsi, le *filius familias* qui acquitte l'emprunt contracté au mépris du sénatusconsulte Macédonien ne peut répéter, parce que l'*exceptio senatusconsulti Macedoniani*, bien que perpétuelle, laisse subsister une obligation naturelle. Il y a lieu d'observer qu'ici l'exception perpétuelle est admise en haine du créancier plutôt qu'en faveur du débiteur.

2° Il faut que le paiement de l'indû ait eu lieu par erreur, c'est-à-dire pour éteindre une dette dont le *tradens* se croyait tenu : dans le cas contraire, l'opération constituerait le plus souvent une donation et quelquefois une gestion d'affaires. On ne tient compte, en principe, que de l'erreur de fait : ainsi, l'héritier qui n'a pas retenu la quarte Falcidie sur les legs ne pourra la réclamer par la *condictio indebiti* qu'en établissant une erreur de fait. Toutefois, ce principe rigoureux dut s'adoucir et, dans certaines circonstances, l'erreur de droit peut justifier la répétition.

Du reste, l'erreur ne peut servir de base à la répétition de l'indû qu'autant qu'elle est excusable. En outre, elle doit se référer au passé : ainsi, le locataire, qui a payé à l'avance ses loyers futurs, et qui est ensuite privé fortuitement de la jouissance de la chose, les recouvrera par l'action *conducti* et non par la *condictio indebiti*.

3° Il faut enfin que la dette payée par erreur ne soit pas

Digitized by Google

une de celles qui croissent au double en cas de dénégation du défendeur. Tel est le caractère, notamment, de l'action *judicati* et de l'action *legis Aquiliæ*. On n'a pu donner encore aucune explication plausible de cette règle. On prétend généralement qu'elle repose sur l'idée d'une transaction à laquelle le débiteur est censé se résoudre : malgré les doutes qu'il peut avoir, il préfère, dit-on, acquitter immédiatement le simple que de s'exposer à payer le double ; il a ainsi transigé tacitement, il ne doit pas pouvoir répéter. Cette explication est peu satisfaisante ; car la dette qui croît au double en cas de dénégation n'admettait pas la possibilité d'une transaction : or, comment la supposer tacite, alors que le débiteur ne pouvait la consentir expressément ?

**Effets du paiement de l'indû**.— Lorsque ces conditions sont réunies, la répétition donne lieu à une action personnelle et *stricti juris*, la *condictio indebiti*. En principe, cette action compète à l'auteur de la prestation contre celui qui l'a reçue. Mais elle peut encore être exercée par la personne au nom de laquelle le paiement a été fait : ainsi le tuteur ou le mandataire qui paient au nom du pupille ou du mandant une dette inexistante acquièrent à ces derniers la *condictio indebiti* ; la représentation existe donc dans ce cas comme pour le *mutuum*.

Le demandeur aura à prouver : 1° le fait du paiement ; 2° l'inexistence de la dette ; 3° l'erreur.

Les effets de la *condictio indebiti* s'apprécient d'après la bonne ou la mauvaise foi du défendeur :

Le défendeur a-t-il été de bonne foi, il n'est tenu que dans les limites de son enrichissement ; car l'erreur qu'il a commise est plus excusable que celle de l'auteur de la prestation : ainsi, s'il a aliéné la chose à titre onéreux, il sera libéré en rendant le prix ; s'il l'a aliénée à titre gratuit, il sera affranchi de toute restitution.

Le défendeur a-t-il été de mauvaise foi, il doit restituer au demandeur le capital reçu, la chose elle-même, si c'est un corps certain, ou pareille quantité de choses fongibles, si c'est une prestation de genre. Si la prestation consistait dans un fait juridique, tel qu'une acceptilation, il doit l'anéantir par

Digitized by Google

un acte contraire ; si le fait était irrévocable, comme un voyage, un travail matériel, il doit en payer l'estimation pécuniaire. En outre, il est tenu de livrer, avec le capital indûment reçu, les accessoires, tels que fruits, produits ou acquisitions; seuls les intérêts ne sont point dus au demandeur, parce que la *condictio indebiti* est de droit strict. Les règles relatives aux restitutions du défendeur de mauvaise foi s'appliqueront au défendeur primitivement de bonne foi à partir du jour où il sera devenu de mauvaise foi.

La réception de l'indû constitue parfois un vol : c'est lorsque le prétendu créancier a déterminé le paiement par des manœuvres frauduleuses, dans le but de s'approprier la chose: les actions de vol remplacent alors la *condictio indebiti*.

### V. — *Acceptation d'une hérédité.*

L'héritier qui a accepté la succession devient débiteur des legs et fidéicommis que le testateur met à sa charge ; il est tenu comme en vertu d'une stipulation, et l'action qui sanctionne son obligation est une *condictio ex testamento*. Remarquons que les dettes qui grèvent la succession ne constituent à la charge de l'héritier aucune obligation nouvelle ; l'héritier en est tenu, au même titre que le défunt, puisqu'il continue sa personne, et les créanciers auront contre lui, non point la *condictio ex testamento*, mais l'action préexistante attachée à chacune de leurs créances.

### VI. — *Enrichissement sans cause.*

Toutes les *condictiones sine causâ*, dont la *condictio indebiti* n'est qu'une variété, se rattachent à l'idée d'enrichissement sans cause. Elles peuvent naître dans les cas suivants : 1° lorsqu'une prestation a été faite en vue d'une autre qui ne se réalise pas : à ce cas se rattache la *condictio causa data, causa non secuta ;* 2° lorsqu'une chose a été livrée en exécution d'une convention illicite ou immorale ; mais il faut alors que la cause illicite ou immorale n'ait ce caractère que du côté du défendeur ; la réclamation du demandeur également coupable ne serait pas recevable : *nemo auditur propriam turpitudinem alle-*

Digitized by Google

*gans*. On rattache à ce deuxième cas la *condictio ob turpem causam ;* 3° lorsqu'une personne a reçu ou possède une chose en vertu d'une cause fausse ou légalement inexistante : on peut comprendre dans ce dernier cas la *condictio furtiva*, donnée contre le voleur.

## Section VI. — La Loi source d'obligations.

Le droit romain ne comprend pas, comme le droit français, la *loi* au nombre des causes d'obligation. Toutefois, certains faits licites, qui ne supposent pas l'accord des volontés, peuvent être rattachés à la loi. Ce sont, notamment, l'obligation imposée au mari de restituer la dot, l'obligation pour le père de doter sa fille, la dette alimentaire à la charge des descendants, l'obligation du bornage sanctionnée par l'action *finium regundorum*, et celle d'exhiber une chose que l'on possède, sanctionnée par l'action *ad exhibendum*.

## Section VII. — Délits et quasi-délits.

En droit français, le délit se caractérise par l'intention de nuire, et le quasi-délit par la simple faute. Il n'en est pas ainsi à Rome ; car le *damnum legis Aquiliæ*, intentionnel ou non, constitue toujours un délit, et le juge, qu'il rende par dol ou par ignorance une sentence injuste, ne commet jamais qu'un quasi-délit. La distinction entre le délit et le quasi-délit romain est purement historique : le délit est tout fait illicite et préjudiciable prévu et sanctionné par l'ancienne loi civile ; le quasi-délit est tout fait illicite et préjudiciable que la jurisprudence ou le droit honoraire ont assimilé au délit et sanctionné comme tel : l'obligation naîtra *quasi ex delicto*, comme s'il y avait délit ; le quasi-délit n'est donc, en réalité, qu'une des formes variées du type primitif : *variæ causarum figuræ*.

Le délit et le quasi-délit présentent trois caractères généraux : 1° Le délit ou quasi-délit est un fait illicite et dommageable, et, comme tel, sanctionné par une action pénale civile (*actio pœnæ persecutoria*), qui se résout par une amende attribuée à la

Digitized by Google

victime, et qui est tantôt séparée de l'action en réparation (*actio rei persecutoria*), tantôt confondue avec elle dans la même instance judiciaire. On ne doit pas confondre les délits *privés* avec les délits *publics*, qui font l'objet du droit criminel, se poursuivent devant des juridictions spéciales et donnent lieu à des peines qui ne profitent pas à la partie lésée. Mais, un fait peut offrir à la fois les éléments d'un délit civil et d'une infraction pénale.

2o Suivant le principe supérieur qui met à la charge de chacun son dol ou sa faute, toute personne responsable de ses actes est capable de s'obliger par ses délits ou quasi-délits.

3o Pour que l'obligation délictueuse ou quasi-délictueuse se forme, il faut commettre le délit ou quasi-délit ; il ne suffirait pas d'en manifester la volonté par paroles, écrit ou par une tentative.

Les principaux délits privés sont : 1° le vol simple, *furtum* ; 2o le vol avec violence, *rapina* ; 3° le *damnum legis Aquiliæ* ; 4° l'injure, *injuria*, On en rencontre de moins importants, tels que le délit *de tigno juncto*, le délit *de arboribus furtim cæsis*, le dol, la violence, la violation de sépulture.

Justinien énumère quatre quasi-délits: 1° le fait de rendre une sentence vénale ou illégale ; 2° le fait de jeter ou répandre sur la voie publique des choses dont la chute a causé un préjudice à autrui ; 3o le fait de placer ou suspendre un objet dans des conditions telles qu'il est exposé à tomber sur une voie destinée à la circulation ; 4° le fait par un maître de navire ou hôtelier d'avoir pris à son service des serviteurs ou employés malhonnêtes, qui ont commis des vols ou des dommages au préjudice de passagers ou voyageurs.

### I. *Etude spéciale des délits.*

**Du furtum.— Eléments constitutifs du furtum.** — Le *furtum* est le détournement frauduleux et préjudiciable d'une chose, avec l'intention de se l'approprier et d'un tirer un bénéfice. L'analyse de cette définition montre les quatre éléments essentiels du *furtum* : 1o un fait matériel, le détournement, *contrectatio rei* ; 2o l'intention frauduleuse, *animus furandi* ;



Digitized by Google

3° un préjudice causé à autrui : 4° l'intention de faire un gain, *animus lucri*.

1° *Contrectatio rei*. — Ce terme, beaucoup plus large que le mot français *soustraction*, exprime une idée de maniement, d'appréhension avec ou sans déplacement, pourvu que le déplacement soit possible. Ainsi le créancier gagiste commet un *furtum* en refusant la restitution du gage.

Il résulte de la nécessité de cet élément matériel que, pour faire l'objet d'un vol, la chose doit être corporelle et mobilière.

En outre, la chose doit être *in commercio* : aussi ne sont pas susceptibles de vol les *res sacræ* ou *publicæ* ; mais leur détournement est puni de peines rigoureuses par la loi *Julia peculatûs* ; de même, l'enlèvement ou la séquestration des personnes libres sont des crimes réprimés par la loi *Favia de plagiariis*. Par exception, la loi déclare le *furtum* applicable aux personnes en puissance et au débiteur que le créancier a le droit d'emprisonner pour condamnation inexécutée : dans ces deux cas, le chef de famille et le créancier peuvent se faire indemniser par l'action *furti* pour le préjudice que leur cause le détournement.

2° *Animus furandi*. — L'intention frauduleuse comprend deux éléments : le discernement et la mauvaise foi. Ne commet juridiquement un *furtum* que celui qui a l'intelligence de ses actes et la conviction d'agir contre le gré du propriétaire de la chose volée. Il en résulte qu'il n'y a pas *furtum*, lorsque le commodataire fait de la chose un usage qu'il croit autorisé par le commodant ; de même, il n'y a pas *furtum*, lorsque le commodant autorise un usage que le commodataire croyait interdit ; dans les deux cas, il n'a pas agi contre le gré du propriétaire. De là était née la question suivante : un esclave, sollicité de voler son maître, avertit celui-ci du vol projeté, et le maître, pour prendre le voleur en flagrant délit, invite l'esclave à lui remettre l'objet : quelle action fallait-il donner ? Les jurisconsultes classiques refusaient l'action *furti*, parce que le détournement n'avait pas eu lieu contre le gré du propriétaire, et l'action *servi corrupti*, parce que l'es-

Digitized by Google

clave ne s'était pas laissé corrompre. Justinien donne les deux actions, assimilant, pour ce cas, la tentative au délit consommé : l'indemnité sera ce qu'elle eût été si l'esclave s'était laissé corrompre et avait remis la chose au voleur.

3° *Un préjudice causé à autrui.* — Le vol impliquant une atteinte aux droits d'autrui est inapplicable aux choses qui n'ont ni propriétaire, ni détenteur régulier, comme les *res derelictæ*. Il y a vol dans l'occupation frauduleuse d'une chose perdue, parce quelle a encore un propriétaire. Pour les *res hereditariæ*, ou admit une règle spéciale, dans le but de faciliter l'usucapion *pro herede :* pour que le vol en soit possible, il ne suffit pas qu'elles aient un propriétaire, il faut, de plus, qu'elles aient un possesseur : ainsi, jusqu'à la la prise de possession réelle par l'héritier, l'usurpateur des choses hériditaires ne commet pas un *furtum*. Mais, depuis Marc-Aurêle, il se rend coupable du *crimen expilatæ hereditatis*.

Le *furtum* peut porter indifféremment sur la propriété d'autrui, sur l'usage ou sur la possession d'une chose. Il y a *furtum rei*, lorsqu'on lèse la propriété d'autrui en prenant sa chose ; le Code pénal français n'en connaît pas d'autre. Il y a *furtum usûs*, lorsque le détenteur régulier de la chose d'autrui en use sans droit ou dépasse l'usage qu'il a droit d'en faire : le premier cas est celui du gagiste ou du dépositaire, le second celui du commodataire. Il y a *furtum possessionis*, lorsqu'un propriétaire enlève sa chose soit à un possesseur régulier, comme le gagiste non payé, soit, avant le terme fixé pour la restitution, à un détenteur régulier, comme le commodataire. Le propriétaire peut donc se trouver, en droit romain, voleur de sa propre chose.

4° *Animus lucri.* — Le dernier élément essentiel du *furtum*, c'est l'intention de se procurer un bénéfice pécuniaire. N'est donc pas voleur quiconque détourne la chose d'autrui dans le seul désir de nuire et l'intention de la détruire immédiatement sans en profiter ; cet acte tombera sous le coup de la loi *Aquilia*. N'est pas voleur, non plus, celui qui enlève, dans un but libidineux, l'esclave d'autrui.

Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait vol, que le voleur ait

Digitized by Google

l'intention de profiter lui-même de la chose ; il y a également vol dans le fait de s'emparer frauduleusement d'une chose pour la donner à un tiers et lui en transférer ainsi le bénéfice qu'on pouvait garder pour soi.

**Actions qui naissent du furtum.** — Le *furtum* engendre deux espèces d'actions distinctes, les unes, *rei persecutoriæ*, qui tendent à la réparation du préjudice, les autres, *pœnæ persecutoriæ*, qui tendent à la punition pécuniaire du voleur.

*Actions rei persecutoriæ.*—Les actions destinées à poursuivre la réparation du préjudice causé sont au nombre de trois : la revendication, l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva.*

La revendication et l'action *ad exhibendum* résultent des principes du droit commun, puisque le vol n'enlève pas la propriété au volé. La *condictio furtiva* est exercée contre le voleur ou ses héritiers, continuateurs de sa dette, quand la chose a péri fortuitement : le vol l'a mis en demeure de restituer, et la demeure laisse les cas fortuits à la charge du débiteur. La condamnation prononcée sur la *condictio furtiva* égale la plus haute valeur que la chose a pu avoir depuis le délit ; au contraire, le défendeur à la revendication ou à l'action *ad exhibendum* se libère en restituant l'objet dans l'état où il se trouve sans son dol ni sa faute.

Ces trois actions n'appartiennent qu'au propriétaire de la chose volée ou à ceux qui ont un droit réel sur la chose, passent activement aux héritiers et ne peuvent s'intenter que contre l'auteur du vol, et non contre ses complices. Du reste, ces actions, tendant à la réparation du même préjudice, ne peuvent se cumuler ; mais elles peuvent être exercées en même temps que l'action pénale, qui ne tend pas au même but.

*Actions pœnæ persecutoriæ.* — L'action tendant à la punition pécuniaire du voleur au profit du volé est l'action *furti*, dont le résultat est différent, suivant la nature du fait qui s'est produit. Sous ce rapport, on distingue, dans l'ancien droit, six actions de vol, dont chacune est fondée sur des circonstances spéciales survenues lors du délit : 1° l'action *furti manifesti* ; 2° l'action *furti nec manifesti* ; 3° l'action *furti concepti* ; 4° l'ac-

Digitized by Google

tion *furti oblati* ; 5° l'action *furti prohibiti* ; 6° l'action *furti non exhibiti*.

*Action furti manifesti et action furti nec manifesti.* — Quand y a-t-il vol manifeste ? A l'origine, il y a vol manifeste, quand l'agent est pris en flagrant délit, c'est-à-dire dans la perpétration même de l'acte. D'après Gaïus, pour qu'il y ait vol manifeste, il suffit que le voleur soit pris sur le théâtre du vol, que le délit soit ou non consommé. Plus tard, il suffit, pour constituer le vol manifeste, que le voleur soit encore nanti de la chose au moment de son arrestation. Sous Justinien, il y a vol manifeste, lorsque le voleur est surpris avant d'avoir porté la chose à sa destination, le jour même du vol.

La peine du vol manifeste était, d'après la loi des Douze Tables, la mort pour l'esclave, qu'on précipitait de la roche Tarpéienne, pour l'homme libre, son attribution comme esclave à victime du délit. Le *furtum nec manifestum* n'entraînait qu'une peine pécuniaire égale au double du préjudice causé. Le préteur substitua au châtiment exagéré du vol manifeste une peine pécuniaire du quadruple.

La distinction du *furtum manifestum* et du *furtum nec manifestum* aboutissait, en définitive, à favoriser le voleur habile.

*Action furti concepti.* — Cette action était donnée contre la personne chez laquelle on découvrait la chose, au triple, lorsque la perquisition avait lieu sans solennité, au quadruple, lorsque la recherche de la chose volée était faite solennellement par un homme tenant un plat à la main et simplement vêtu d'une ceinture de lin.

*Action furti oblati.* — Cette action était donnée au triple contre celui qui avait remis la chose volée à un tiers de bonne foi, afin qu'on la découvrît chez lui.

*Action furti prohibiti.* — Cette action était donnée au quadruple contre celui qui s'opposait à la perquisition solennelle de la chose volée.

*Action furti non exhibiti.* — Cette action était donnée au quadruple contre le détenteur de la chose volée qui refusait de représenter la chose sur la sommation qui lui était faite.

Digitized by Google

Justinien ne conserve, parmi toutes ces actions pénales, que l'action *furti manifesti* et l'action *furti nec manifesti*.

L'unité ou le simple, que le juge doit doubler, tripler ou quadrupler, c'est la plus haute valeur de la chose depuis le délit, augmentée de tout le préjudice subi ou des gains manqués à la suite du vol.

L'action *furti* entraine la note d'infamie contre tous ceux qu'elle atteint.

Une peine pécuniaire dut paraitre insuffisante contre les voleurs insolvables, surtout après la disparition des rigueurs de la vieille *manûs injectio*. Aussi la jurisprudence, sous l'empire de cette idée que le vol n'est pas seulement une atteinte aux intérêts privés, mais encore à l'ordre social, permit-elle au volé d'opter entre l'action *furti* et une poursuite criminelle qui aboutissait à des peines corporelles.

En principe, l'action *furti* appartient à toute personne intéressée et passe à ses héritiers. Quel intérêt donne droit à cette action ? Il ne peut être évidemment question d'un intérêt illégitime, tel que celui d'un possesseur de mauvaise foi. Le seul intérêt dont on puisse tenir compte est celui qui est fondé sur la propriété ou la détention régulière. Cet intérêt peut apparaitre dans le préjudice qui résulte de la perte de la chose : tel est le cas du propriétaire, de l'usufruitier, et du possesseur de bonne foi, que le vol empêche d'usucaper. L'intérêt peut également résulter de la responsabilité qu'on encourt à l'égard du propriétaire : tel est le cas du commodataire, du créancier gagiste, du mandataire, du gérant d'affaires. On se demande si, dans les cas où l'action *furti* est exercée par un autre que le propriétaire, celui-ci a le droit d'exiger l'excédent du double ou du quadruple sur le préjudice subi par le demandeur : il y avait controverse sur ce point à l'époque classique. Justinien attribue toute la somme au demandeur.

L'action *furti* s'intente contre le voleur, ses complices ou ceux qui lui ont prêté sciemment leur concours matériel ou moral, les recéleurs, considérés comme les continuateurs du vol. Il y a trois cas exceptionnels où le voleur échappe à l'action *furti* : 1° Lorsqu'il commet le vol au préjudice du père ou

Digitized by Google

du maître sous la puissance duquel il se trouve ; l'action *furti* est impossible ici, comme toute autre action ; 2° Lorsqu'il le commet au préjudice de son patron ; l'action *furti* est alors écartée, à raison de son caractère infamant ; 3° Lorsqu'il le commet au préjudice de son conjoint : la dignité du mariage fait écarter l'action *furti* et ne permet, pendant la durée de l'union, qu'une action en réparation civile, la revendication ou la *condictio,* et, après le divorce, qu'une action spéciale *rerum amotarum.* Mais, dans tous ces cas, l'action *furti* reste possible contre les complices du vol domestique.

En sa qualité de pénale, l'action *furti* n'est jamais transmissible contre les héritiers des personnes qui l'ont encourue.

**De la rapina. — Eléments constitutifs de la rapina. —** La *rapina* n'est qu'une variété du *furtum :* c'est le vol qualifié par l'emploi de la violence. Ce fut le préteur qui la sépara du vol simple et qui donna contre le *raptor* une action spéciale, l'action *vi bonorum raptorum.* Les éléments essentiels de la *rapina* sont les mêmes que ceux du vol, maniement de la chose, intention de voler, atteinte aux droits d'autrui, volonté de faire un gain, en y ajoutant la violence exercée par un homme seul ou par plusieurs.

La nécessité de l'*animus furandi* rendait l'action *vi bonorum raptorum* inadmissible contre le propriétaire ou le créancier qui se mettait violemment en possession de la chose objet de son droit. Cependant, l'ordre public ne permettait pas qu'on pût se faire justice soi-même, en employant la violence : aussi décida-t-on que le propriétaire ou le créancier tomberait sous l'application de la loi *Julia de vi.* Mais cette sanction pénale ayant paru insuffisante, les empereurs organisèrent une répression civile : le propriétaire perdit sa propriété au profit du détenteur et le créancier sa créance.

**Caractères de l'action vi bonorum raptorum.—** Cette action tend au quadruple, mais elle est mixte, *tam rei quam pœnæ persecutoria* ; en d'autres termes, elle procure jusqu'à concurrence du simple la réparation du préjudice et est pénale pour le surplus : par conséquent, le propriétaire qui l'a exercée ne peut plus faire usage de la revendication ni de la *condictio;* et s'il a

Digitized by Google

commencé par l'une de ces dernières, il n'est plus recevable à l'action *vi bonorum raptorum* que pour le triple.

En outre, elle est annale, c'est-à-dire qu'après une année utile elle perd son caractère pénal et se réduit au simple.

Cette action appartient à toutes les personnes qui auraient été investies de l'action *furti* au cas de vol simple. Elle se donne pour le tout contre chacun des auteurs de la *rapina*; mais elle ne s'intente jamais contre les héritiers du voleur, même pour le simple; la loi a pensé que la *condictio* suffirait à les dépouiller de leur enrichissement.

Ajoutons que l'auteur de la *rapina* tombait aussi sous l'application de la loi *Julia de vi*, qui organisait une poursuite criminelle ouverte à tous, *judicium publicum*.

**De l'injuria. — Eléments constitutifs de l'injure.** — L'injure est l'outrage qui blesse une personne dans sa réputation, sa dignité ou l'exercice de ses droits. Elle implique deux éléments: un fait matériel d'offense et l'intention d'offenser. Le fait matériel peut consister dans des propos outrageants, des clameurs blessantes soulevées dans la foule contre quelqu'un, des écrits calomniateurs ou diffamatoires, des voies de fait sur la personne, la violation de la propriété ou tout acte qui peut entraver l'exercice d'une faculté légitime ou ternir la réputation d'une femme. Mais l'usage d'un droit, même accompagné du désir de blesser, est exclusif du délit d'injure. L'élément moral du délit est la volonté d'offenser quelqu'un dans sa réputation, son honneur ou sa dignité. Les individus privés de discernement ne sauraient donc s'en rendre coupables.

**Division des injures.** — Au point de vue de l'importance, l'injure était *légère* ou *grave* (*atrox*); au point de vue des personnes atteintes, *directe* ou *indirecte*.

L'injure peut devenir grave à raison de la nature du fait, comme un coup de bâton, de la partie du corps où l'on est frappé, comme un coup porté à l'œil, du lieu où l'on est injurié, comme le théâtre ou le forum, de la supériorité sociale de la victime sur le délinquant, magistrat ou sénateur. Le caractère de gravité est, d'ailleurs, souverainement apprécié en fait par le juge. Cette distinction présente un double intérêt:

Digitized by Google

d'abord, au point de vue de la sanction, la répression est plus énergique quand l'injure est grave ; en outre, l'injure de l'ascendant au descendant, du patron à l'affranchi n'est punie qu'à la condition d'être grave ; de même, l'injure faite à l'esclave n'atteint le maître que dans le cas où à l'intention d'offenser le maître se joint le caractère de gravité de l'injure.

L'injure est directe ou indirecte, suivant qu'on la reçoit dans sa propre personne ou dans la personne d'autrui. L'injure indirecte donne lieu à trois applications :

1° L'injure adressée aux *alieni juris* rejaillit contre le chef de famille : s'agit-il d'une injure au fils de famille, elle atteint du même coup le père et produit deux actions, qui seront l'une et l'autre exercées par le père, en vertu de la règle qui lui attribue toutes les acquisitions de son fils ; s'agit-il d'une injure à l'esclave, l'action d'injure ne peut naître de son chef ; mais, si l'injure est grave et a pour but d'offenser le maître, l'action naît du chef et au profit du maître ; si l'esclave est commun à plusieurs maîtres, l'action est commune à tous.

2° L'injure adressée à la femme mariée devient celle du mari, à raison du lien matrimonial. Si les deux conjoints sont soumis à la puissance paternelle, quatre actions naîtront d'une injure à la femme : la première dans sa personne, la deuxième dans la personne du mari, et les deux autres du chef des pères de famille ; dans chacune de ces actions, le montant de la condamnation pourra varier suivant la dignité des offensés.

3° L'injure faite à la mémoire d'un mort, soit par une atteinte à sa réputation, soit par un outrage à son cadavre ou à son tombeau, retombe sur l'héritier civil ou prétorien.

**Répression du délit d'injure.** — Cette répression était exercée par l'*actio injuriarum*, dont les effets ont varié avec les époques :

D'après la loi des Douze Tables, pour un membre fracturé, on appliquait la peine du talion ; pour un os brisé, la peine était de 300 ou de 150 as, suivant que la victime était un homme libre ou un esclave ; pour toute autre injure, la peine était de 25 as.

Le préteur, consacrant une coutume introduite sous l'in-

Digitized by Google

fluence d'idées plus humaines, décide que l'injure entrainera toujours une peine pécuniaire, variable suivant les circonstances du délit et le rang social de l'offensé. L'estimation de cette peine est faite par le magistrat dans la formule, au cas d'injure grave, et par le demandeur devant le juge, au cas d'injure légère ; dans cette dernière hypothèse, le juge ne peut jamais dépasser le taux de l'estimation, mais il peut le réduire.

Une loi *Cornélia*, rendue sous Sylla, introduisit une double action, l'une criminelle, et l'autre en réparation civile, dans trois cas spéciaux d'injure : 1° le fait d'avoir été poussé ; 2° le fait d'avoir été frappé ; 3° la violation de domicile. La peine criminelle était poursuivie dans une instance *extra ordinem ;* la peine pécuniaire était évaluée par le juge ordinaire.

Dans le dernier état du droit, on généralise le principe de la loi *Cornélia*, en permettant, dans tous les cas, à l'offensé de réclamer par une poursuite *extra ordinem* l'application d'une peine criminelle.

L'*actio injuriarum* est intransmissible activement et passivement. Elle s'éteint par le laps d'un an, le pardon ou la mort de l'offensé, la mort du délinquant, le pacte de remise, la transaction.

**Du damnum legis Aquiliæ.** — La loi des Douze Tables et d'autres lois postérieures réprimaient certains préjudices causés à la propriété. Mais toutes ces vieilles dispositions vinrent se fondre dans la loi *Aquilia*, plébiscite voté sur la proposition du tribun *Aquilius*, qui pose, d'une façon générale, le principe de la faute délictuelle, d'après lequel tout dommage injustement causé à la propriété d'autrui, *damnum injuriâ datum*, oblige son auteur à le réparer. Le délit civil prévu par la loi *Aquilia* ne suppose pas nécessairement l'intention de nuire : il en résulte qu'il ne fait pas encourir par lui-même une répression criminelle.

**Eléments constitutifs du délit.** — Le *damnum legis Aquiliæ* requiert deux éléments : 1° un fait actif ; 2° un dommage sans droit.

Il faut d'abord un fait actif : une simple omission ou négligence à l'égard de la propriété d'autrui ne suffirait pas, car nous

Digitized by Google

ne devons à la propriété d'autrui qu'un respect purement négatif.

Il faut, de plus, un dommage causé sans droit, *damnum injuriâ datum*. On cause un dommage injustement en faisant intentionnellement ou non ce qu'on n'a pas le droit de faire. La faute même la plus légère est prise en considération, *in lege Aquiliâ, levissima culpa venit*: ainsi, sont passibles de la loi *Aquilia*, à raison du préjudice causé par leur négligence, faiblesse ou imprudence, le chirurgien qui n'a pas surveillé les suites d'une opération pratiquée sur un esclave qui meurt, le muletier qui n'a pas pu ou su retenir l'élan de ses mules.

Le dommage doit être causé sans droit : en conséquence, on est irresponsable de tout acte commis dans l'exercice de la légitime défense ou sous la pression d'une nécessité urgente. A plus raison, tout cas fortuit échappe-t-il à la loi *Aquilia :* ainsi n'est pas responsable le maître du navire qui en a coulé un autre sous l'effort irrésistible des vagues.

**Dommages prévus par la loi Aquilia.** — Cette loi ne prévoyait pas tous les cas de dommages causés à la propriété d'autrui. Elle comprenait trois chefs : le premier et le troisième chefs se réfèrent à la destruction ou à la détérioration de choses corporelles ; le deuxième s'applique à la destruction de choses incorporelles : il vise le cas où l'*adstipulator* fait une acceptilation gratuite en fraude des droits du créancier principal.

*Premier chef.* — La première disposition de la loi est relative au meurtre de l'esclave d'autrui ou de l'un des quadrupèdes qui paissent en troupeau, animaux des espèces chevaline, ovine, caprine, porcine, même les éléphants et les chameaux, susceptibles aussi d'être domestiqués.

Pour l'évaluation de l'indemnité, l'esclave ou l'animal s'estime d'après la plus haute valeur qu'il a eue dans l'année qui a précédé le délit. Si le délit résulte d'une blessure mortelle, il a pour date le jour de la blessure et non celui de la mort. La jurisprudence permit de comprendre dans l'estimation toutes les pertes accessoires et même les gains manqués.

*Troisième chef.* — La troisième disposition a une portée

Digitized by Google

générale : elle comprend, d'abord, tous les dommages matériels qui, sans entraîner la mort, atteignent l'esclave et les animaux énumérés dans le premier chef, et, de plus, la mort. blessure de toute autre espèce d'animaux et la destruction ou détérioration de tous objets corporels, sans distinction.

La chose s'estime d'après la plus haute valeur qu'elle a eue dans les trente jours immédiatement antérieurs au délit.

**Action naissant du damnum** — Le dommage causé sans droit fait naître l'action *legis Aquiliæ*. Cette action, quoique destinée à poursuivre simplement une indemnité, présente, dans deux cas, un caractère mixte : 1° lorsque le défendeur a nié sa dette *in jure* : sa condamnation au double produit alors un enrichissement pour le demandeur ; 2° lorsque la chose a eu sa plus haute valeur dans l'année ou dans les trente jours qui ont précédé le délit ; dans ce cas encore, l'action inflige une peine en même temps qu'elle répare le préjudice, car c'est une valeur plus forte que celle du dommage causé qui est donnée à la personne lésée. Comme toutes les actions pénales ou mélangées d'un caractère pénal, l'action *legis Aquiliæ* ne se donne contre les héritiers du délinquant que jusqu'à concurence de leur enrichissement.

Pour que cette action prît naissance, il était nécessaire, à l'origine, que le dommage fût causé à la chose corporelle par le fait direct et personnel de l'agent, qu'il s'aidât ou non d'un instrument : la lettre de la loi *Aquilia* ne prévoyait, en effet, que le *damnum corpore corpori datum* : ainsi, je tue votre esclave, soit en le jetant à l'eau, soit d'un coup d'épée. En outre, la loi n'attribuait l'action qu'au propriétaire de la chose détruite ou détériorée.

Mais la jurisprudence, dans le but d'élargir le cadre de la responsabilité aquilienne, étendit l'action *legis Aquiliæ*, en qualité d'utile, à des cas où la lettre de la loi devait fléchir devant son esprit. On n'exige plus que le dommage résulte d'un acte corporel touchant la chose ; il suffit qu'il résulte de l'action d'une autre cause que le délinquant a suscitée : ainsi, j'excite un chien à mordre votre esclave, j'effarouche votre troupeau jusqu'à le pousser dans un précipice. En outre,

Digitized by Google

l'action utile est accordée à l'usufruitier, à l'usager, au possesseur de bonne foi, qui a subi le dommage.

**Du dommage à la propriété d'autrui sans la détruire ou la dégrader.** — La loi *Aquilia* n'avait eu pour but que de réprimer les atteintes brutales à la chose d'autrui ; et les jurisconsultes, en dehors de la lettre de la loi, mais conformément à son esprit, avaient étendu l'application de la loi au cas d'un dommage résultant d'une cause mise en mouvement par le délinquant. Restait donc en dehors de la répression le dommage causé à la propriété d'autrui sans la détruire ni la dégrader, *non corpori* : par exemple, quand je détache d'un arbre un esclave que son maître y avait enchaîné, je ne cause à l'esclave aucun dommage corporellement, mais c'est mon fait qui lui a permis de prendre la fuite. Cette espèce de dommage non prévu explicitement ou virtuellement par la loi *Aquilia* ne devait pas, cependant, échapper à toute répression. Le préteur, toujours soucieux de faire triompher l'équité, avait créé un système général de répression, pour suppléer aux lacunes de la loi : quand un préjudice n'était réparable par aucun moyen juridique connue, il donnait contre l'auteur soit l'action *de dolo*, en cas de dol, soit une action *in factum*, dans tout autre cas. Or, comme le dol ne se présume pas, l'action *in factum* sera le moyen ordinaire et normal pour obtenir la réparation de tout dommage étranger à la loi *Aquilia*. Cette action ne dépasse jamais le dommage subi par le demandeur. Mais, ici, comme pour l'application de la loi *Aquilia*, le dommage doit être causé sans droit : *neminem lædit qui jure suo utitur*. Ainsi n'est pas responsable le propriétaire qui, en creusant dans son fonds, coupe une source du voisin.

### II. — *Etude spéciale des quasi-délits.*

*Fait de rendre une sentence vénale ou illégale.* — Le juge qui rend une sentence en violation de la loi, soit par vénalité, par faveur ou par haine, soit par ignorance, soit, à l'époque classique, en excédant les pouvoirs que lui conférait la formule, assume à sa charge toutes les conséquences du procès qu'il a mal tranché : *litem suam facit*, disent très justement

Digitized by Google

les textes, il fait le procès sien, se l'approprie ; il se trouve ainsi obligé en vertu de la sentence qu'il a rendue et doit réparer le dommage qu'il a causé. La victime de la sentence injuste aura contre le juge une action *in factum*.

*Fait de jeter ou répandre sur la voie publique des objets qui par leur chute ont causé un préjudice à autrui.* — Le préteur donne une action *in factum*, l'action *de effusis* ou *dejectis*, à la partie lésée contre l'habitant de la maison ou de l'appartement, bien qu'il soit étranger au fait quasi-délictueux à raison de son manque de surveillance.

*Fait de placer ou suspendre un objet de telle manière qu'il soit exposé à tomber sur la voie publique.* — Le préteur donne l'action populaire *in factum de suspensis*, qui tend à une condamnation fixe de 10 sous d'or, contre l'habitant de l'appartement, bien qu'il soit étranger au fait.

Dans ce quasi-délit, comme dans celui qui précède, le père de famille n'est jamais responsable du fait de son fils habitant la maison ou l'appartement : le fils seul est tenu, le père ne peut être poursuivi *de peculio* pour une simple contravention.

*Fait par un maître de navire ou hôtelier d'avoir pris à son service des serviteurs ou employés malhonnêtes, qui ont commis des vols ou des dommages au préjudice des passagers ou voyageurs.* — Le maître de navire ou l'hôtelier sont considérés comme étant en faute d'avoir pris à leur service des gens mal intentionnés et sont, pour ce motif, passibles d'une action *in factum*, qui se donne au double et s'éteint par la mort de celui qui en est tenu. Si l'auteur du vol ou du dommage est connu, la personne lésée pourra le poursuivre par les actions nées du délit ; mais alors il devra renoncer à poursuivre le maître.

FIN DU PREMIER VOLUME

Digitized by Google

# TABLE DES MATIÈRES

## DU PREMIER VOLUME



Digitized by Google

## DEUXIÈME PARTIE

## Des Biens



### TITRE PREMIER

### *Droits réels*



Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE II

*Droits de créance*



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

---

Digitized by Google

Laval. — Imprimerie L. BARNÉOUD et Cie, 8, rue Ricordaine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google